



7.2.25

DISSERTAZIONI LEGALI

Ph. 37776

DEL B. WINSPEARE

RACCOLTE E PUBLICATE



PER CURA

DI G. WINSPEARE



NAPOLI

DAI TIPI DI GENNARO AGRELLI

PRESSO SAVERIO STARITA STRADA TOLEDO N.° 39.

1850.

DISSERTAZIONE I^a.

DELLE CONFESSIONI SPONTANEE DE' REI.

I pericoli a' quali l'innocenza è stata esposta, animarono nel passato secolo la penna de' filosofi e de' giuriconsulti contra l'atroce sperimento della tortura o le arbitrarie forme del processo criminale. I giudizi, ne' quali l'innocenza era tutto-giorno oppressa o oltraggiata, furono divulgati; i giornali, gli annali politici, e tutta la corrispondenza letteraria d'Europa, parvero per certo tempo occupati solo di quest' oggetto, come del più importante per la sicurezza della vita civile. Costi scritti si proposero il nobile scopo di proenrare alla memoria di quei ch' erano stati le vittime innocenti de' giudizi, il tributo della commiserazione de' loro simili, di avvertire del pericolo comune tutte le società, e di richiamare l'universale attenzione sopra la riforma de' giudizi penali (1). In questa causa siiegaronsi non solamente tutte le forze dell' intelletto, ma quelle altresì della immaginazione. E siccome le teorie e gli argomenti speculativi di questa difesa erano rivestiti della più seducente di tutte le ragioni, qual' è l'interesse generale dell' umanità, così non è stato forse altro soggetto, in cui la forza o l' incantesimo dell' eloquenza abbiano ottenuto un successo ed un applau-

so maggiore. Non fermossi qui lo zelo de' difensori dell' umanità, perciocchè proschitta la pruova inumana della tortura, soggettaronsi ad un altro esperimento tutta la parte della probabilità delle pruove, ch' era stata fino a quel tempo raccomandata alla scienza del foro.

Fin qua la causa dell' umanità fu utilmente trattata per l'innocenza, e lodevolmente pe' suoi difensori. Ma la resistenza, che le nuove dottrine trovarono ne' pregiudizi del foro, suscitò lo spirito di parte e fece nascere i fautori del vecchio, e che le nuove dottrine trovarono ne' pregiudizi del foro, suscitò lo spirito di parte e fece nascere i fautori del vecchio, e che le nuove dottrine trovarono ne' pregiudizi del foro, suscitò lo spirito di parte e fece nascere i fautori del vecchio, è l'aver corrotto l'idea della giustizia, separando l'interesse dell'accusator pubblico da quello della verità. In tal modo si è definita implicitamente la giustizia, come una lotta, di cui l'equilibrio nascer debba da' contrari sforzi dell'una e dell'altra parte contendente. Questo paragone falso in se medesimo, e contrario alla santità ed immutabilità dell'idea della giustizia, più odioso apparisce per la disuguaglianza delle armi, colle quali combattono l'accusator pubblico ed il reo, il quale per l'atto stesso dell'ac-

(1) Vedi i seguenti scritti, nati da'temi dati in Francia per la riforma della legislazione, e del processo criminale.

Prix de la justice et de l'humanité.

Discours sur le prix proposé par la société Economique de Berne.

Journal Politique de Linguet.

Journal Encyclopédique du 1 octobre 1802.

Le Sang innocent venge.

Servan. Réflexions sur quelques points de nos lois, à l'occasion d'un événement important, ec.

cusa trovasi in uno stato inferiore a quello di tutti gli altri cittadini. Una tale diversità d'interesse nella investigazione della verità, è stata ad un tempo la cagione dell'oppressione dell'innocenza e della impunità; della prima per la prepotenza dell'accusatore; della seconda per la popolarità della difesa.

La preponderanza fiscale è stata una conseguenza della forma data a' giudizi, allorchè le denunce e le private accuse divennero l'elemento necessario d'ogni processo criminale. Le informazioni o investigazioni del reato operate nel silenzio e diretto dalle passioni dell'accusatore, preoccupavano ancora l'animo dei magistrati preposti alla pubblica vendetta; sì che questa in molti casi parve più sollecita di punire coll'esempio il delitto, che di scoprire la persona del delinquente (1). Quando la luce della filosofia penetrò sulle prime nel foro, l'opinione pubblica levossi contra l'autorità delle leggi positive, comechè questa confermata fosse dal lungo abito di molti secoli, e dalla forza invincibile de' pregiudizi. Allora fu che le discessazioni filosofiche, per contrapporre un'arma uguale alla prepotenza delle leggi, obbligarono l'oggetto della vendetta pubblica, riguardarono i delinquenti come una classe di miseri, calunniati e sopraffatti dalle arbitrarie forme de' giudizi.

E d'altra parte la resistenza, che la vecchia dottrina opponeva a' nuovi principi fu tale, che in verun altro tempo non si videro nè più gravi, nè più numerosi esempi di errori ne' giudizi penali. I giudizi di Sirven, di Le Brun, di Monbailly, di Calas, del Conte di Morangies, erano citati ne' proclami filosofici, come i documenti dello stato del foro, e della barbarie dell'antica giurisprudenza criminale. Così l'esperienza con nuove ed insigni vittime venne a rafforzare gli argomenti, co' quali era stata da prima sostenuta la causa della umanità.

Ma in mezzo a questa lotta surse una moltitudine di scrittori di secondo ordine, i

quali, come d'ordinario avviene, imprendono a commentare, a distinguere, e ad ampliare le verità nuove. Costoro formarono una nuova classe di difensori dell'umanità, i quali esagerando le idee giuste e liberali, stabilite da' primi riformatori del processo e delle leggi criminali, rivocarono in dubbio la facoltà di punire coll'estremo supplizio i delitti più atroci, e quasi per togliere insieme colla pena il mezzo di punire, cercarono d'indebolire le prove le più fondate nel criterio della ragione e nel senso della coscienza. Così dopo di essere stata tolta di mezzo la prova nascente dalla confessione estorta, tentarono di rovesciare anche quella della confessione volontaria, e come per gradi, dalla difesa dell'innocenza, passarono a quella del delitto, e dell'impunità de' delinquenti.

Ridotta a tal vicenda la sorte de' giudizi, è manifesto che la giustizia non siede in alcuno de' due estremi; nè in quelle scene sanguinose, nelle quali l'innocenza era minacciata o sacrificata, nè in quelle discussioni scettiche, che per bilanciare gli eccessi dell'ignoranza e del pregiudizio, aboliscono le pene, e distruggono la certezza morale. La giustizia è riposta in un mezzo, che ha certi confini, de' quali la misura de' attignersi nella severa ragione, non nella immaginazione degli uomini, nè nelle passioni degli offensori o degli offesi. Non sembrerà dunque strano nè odioso impegno il voler chiudere l'adito alle cennate estremità, ed il correggere l'abuso della filantropia, promovendo l'azione pubblica in due casi, nei quali si è giudicato contro all'evidenza morale della confessione spontanea, per ragioni in parte figlie delle nuove teorie sulle prove, in parte figlie dello scetticismo forense. Ma oltre a questi motivi generali, l'esempio pubblico e la disciplina de' giudizi, richieggono per ragioni speciali una discussione solenne de' principi e delle teorie dogmatiche del foro, sulle quali si è in entrambi i casi fondato il giudizio.

(1) V. le Costituzioni di Federico II lib. 2 tit. 14, 15.

I capitoli del Regno clàndestinis hominidit et si temporum alternatu.

Carpzovio Prax. Crim. T. III quaest. 37. Pramm. 39 de off. Mag. Just. — 44 de off. S. R. C. — 10 de off. judic.

Se negli altri paesi gli errori de' giudizi criminali sono stati frequenti, ed hanno scoverto a spesa dell'innocenza, gli assurdi della legislazione e del processo inquisitorio; i medesimi vizi hanno nel regno di Napoli per lungo spazio di tempo favorito l'impunità de' delitti, ed hanno diminuito nel volgo il concetto della giustizia. Lo stato presente di questi vizi, e delle loro conseguenze è tale, che la riforma del foro eriminalo è da noi desiderata, non per mettere, come altrove, l'innocenza al covert dell'appressione, ma per ristabilire l'opinione delle leggi, ed il freno della forza pubblica. La storia patria presenta, soprattutto dal cominciamento del decimoquinto secolo in poi, la tranquillità del regno infestata da bande di assassini, i quali hanno resistito alle forze del governo, e l'hanno obbligato ora a perseguitargli militarmente, ora ad aggravare le pene, e ad introdurre forme straordinarie di procedimento: i quali rimedi non solo non hanno contribuito a riformare i vizi ordinari del sistema de' giudizi, ma ne hanno col tempo renduto più gravi gli effetti. Conseguenze di questa impunità sono, il numero de' delitti non perseguitati, la quantità de' rei profughi, le convenzioni, che la potestà pubblica è obbligata a fare con loro. In tale stato di cose, se l'impunità prevalesse anche ne' casi di delitti atrocissimi, quello stesso interesse per l'umanità, che ha messo una volta l'armi in mano a' difensori de' rei, verrebbe ad implorare un aiuto per la causa degli offesi, i quali per un sistema coordinato di tante cagioni restano invendicati, e dei quali gli esempi incoraggiano i malvagi contra la sicurezza e la libertà di tutti gli onesti e pacifici cittadini.

La più antica cagione dell'impunità presso di noi, di molto antecedente all'epoca delle nuove teorie sullo prove, è l'estimazione delle prove introdotta dalla consuetudine del giudicare. La probabilità o la verisimiglianza, di cui il giudizio appartiene solo alla ragione, che aver non può altra norma fuori dell'esperienza, si è riposta in certe regole, nell'applicazione delle quali si erra sovente, perchè l'autorità e l'uso degli esempi, disgiunti dalla critica, sono nel foro, più che altrove, una sorgente di errori e di falsi giudizi. Così appunto è intervenuto

ne' due casi, che han somministrato materia al presente discorso. La confessione libera de' rei ha certo regole proprie, sulle quali dee giudicarsi della verisimiglianza sua; la confessione estorta ne ha certe altre, che non possono confondersi con quelle della prima; entrambe sono diverse da quella terza specie di confessione, colla quale un reo comprende anche un terzo nel suo delitto, o grava quello per esonerare se medesimo. Se i dubbi, di cui è capace una di queste tre specie di confessioni, suggerite da diversi principi, si trasportino ad un'altra, so per sostenere il paralogismo che si fa, si ricorra all'autorità d'argomenti tratti, non dalle regole della probabilità e della verisimiglianza, ma dall'analogia delle sentenze, e de' casi particolari; si scambia il soggetto della questione, e si abbandona la guida della ragione per seguire la falsa autorità de' casisti.

I due casi de' quali ho testè parlato, son due giudizi capitali, ne' quali l'atrocità e la notorietà de' misfatti ha renduto più palpabile l'assurdo, o per meglio dire la rilassatezza delle opinioni de' giudicanti. In riparazione dunque, non delle vittime risparmiate al pubblico esempio, ma de' principi conculcati; e per liberare la certezza morale della confessione de' rei dallo scetticismo filosofico delle moderne opinioni, e da' solismi dottrinali del foro, senza temere la nota odiosa di persecutore dell'umanità, mi è sembrato cosa utile il dimostrare, quali sieno in tal materia i confini del dubitare, e come la confessione spontanea de' rei, vestita del solo corpo del delitto, indipendentemente da ogni altro requisito, contenga il massimo grado di certezza morale, e sia la prima fra tutte le specie delle prove, secondo il senso della legge, e del retto uso di giudicare.

Ma l'enunciazione della questione in termini noti, nella cui definizione si converga, è il principio d'ogni dimostrazione, soprattutto ne' soggetti morali, nei quali la precisione delle idee è necessaria per determinare le relazioni, sotto le quali vogliamo riguardarle. Senza questo freo la dimostrazione sarebbe vaga, gli argomenti diverrebbero ambigui, ed una quantità di dispute circa lo ideo intermedio, potrebbe intercettare il cammino alla con-

clusione generale. I termini dunque della mia tesi comprendono solamente quella confessione, ch'è il libero voto dell'animo del reo, provocato dal solo stimolo della coscienza, non dalla tortura (la cui memoria disonora ogni sistema di leggi, che l'abbia pure tollerata), non dall'influenza di qualsivoglia altra cagione esterna, come le minacce, il tormento o il tedio delle prigioni; esente in somma dall'errore e da qualunque vizio, che attaccasse la volontà o il senso morale del reo. Per quanto rara sia una confessione dotata di tanti requisiti, questa è la specie di prova, di cui si cerca di misurare la certezza ed il grado d'assentimento che dee prestarle il criterio del giudice. Costo assentimento dipende non solamente da' principi della certezza morale, ma dallo regole che il diritto romano ha dettato per l'estimazione delle prove, e dall'esperienza, che ha confermato in certi casi la verità astratta di tai regole, e ne ha in certi altri dimostrato le eccezioni. La prima parte dunque della discettazione dovrà stabilire, quale sia la forza naturale delle confessioni spontanee, secondo le regole della probabilità logica, quali i principi e le eccezioni del diritto romano, quali le eccezioni dell'esperienza, gli esempi delle false confessioni, le cagioni che se ne adducono dagli scrittori del diritto e del foro, e i veri motivi da quali può sorgere l'errore.

Le proposte investigazioni ci condurranno necessariamente alla conseguenza, che le confessioni, come ogni altra specie di prova de' fatti altrui, non portano in noi la certezza assoluta, ma una certezza relativa, di cui il contrario non è impossibile. Di qua la necessità di antivedere siffatti possibili, e di qua pure l'opportunità delle cautele trovate dal diritto positivo, o suggerite dalla esperienza de' giudizi.

Finalmente, le opinioni singolari, che hanno rivotato in dubbio i principi naturali della certezza, e le regole del diritto positivo, formano una fonte di falsa autorità, che d'essere rimossa non solo col ragionamento, ma colla contraria autorità delle opinioni ricevute e del comune senso degli scrittori. Se una dimostrazione di questa natura riuscirà a stabilire idee giuste e vero sulla forza e sull'autorità della confessione spontanea, propriamente detta, non solo io avrò conseguito lo scopo mio, ma senza discendere a' casi d' un trattato scolastico, e senza entrare nella disamina delle differenti specie di confessione, avrò dato il mezzo da valutare la eredità di ciascuna di esso, derivandola dall'applicazione del principio generale, e dal paragone della confessione primitiva; o sia fissandone la misura su i differenti gradi della spontaneità, o della volontà libera del reo, che sono caratteri sopra i quali la certezza è fondata.

PARTE PRIMA

CAPITOLO I.^o

CERTEZZA MORALE DELLA CONFESSIONE, CONSIDERATA COME UN MEZZO

DI PROVA.

Allorchè noi applichiamo la nozione della *certezza* alle prove giudiziali, altro non facciamo che ricorrere ad una similitudine, per la quale surrogiamo alla convinzione la credenza, e alla cognizione la semplice opinione. La similitudine sta nella comparazione tra la scienza propria e l'altrui, o sia tra l'assentimento che prestiamo alla *percezione*, e quello che concediamo alla testimonianza. Imperciocchè due sono i mezzi, pe' quali acquistiamo la conoscenza di tutti i fatti posti fuor di noi, la *percezione* e l'*autorità*, per modo che l'una supplisce al difetto dell'altra, e ciò per una predisposizione della stessa natura. L'autorità in fatti precede le conoscenze della percezione, e non solamente può dirsi la prima nutrice della mente, ma serve a sviluppare e a perfezionare persino l'uso stesso de' sensi. La credenza poi è un principio connaturale all'uomo, ed è il fondamento della sua scienza. Per virtù di tal principio noi crediamo che la natura non c'inganni, che i sensi nostri ci dicano il vero, e che i sensi degli altri sieno simili a' nostri. Così nel principio della credenza è ancora implicito quello della veracità della stessa natura.

Ma nell'autorità attingiamo noi il vero dalla sua originale sorgente? V'ha un organo intermedio tra il vero e la percezione del vero. Costo organo, eh'è la parola, è verace quanto la natura? Le voci di questa parola non sono ehe segni delle altrui percezioni. Costesti segni rappresentano fedelmente le cose significate? Ecco la differenza tra la percezione e l'autorità: ecco la distanza che la similitudine uguaglia ed appiana.

La credenza che prestiamo alla testimonianza altrui comincia dall'essere af-

fatto *istintivo*: è cieca ne' fanciulli, ma va gradatamente sminuendo per la *sperienza*; nel quale cammino la nostra fiducia nell'autorità va continuamente divergendo da quella, che sogliamo riporre nella percezione. Imperciocchè la *sperienza* del mendacio rende sempre più incerto l'assentimento che prestiamo alla testimonianza de' sensi altrui; laddove quello che concediamo alle proprie sensazioni si accresce quotidianamente per la prova che facciamo della rettitudine de' sensi nostri, e per la cognizione che acquistiamo della costanza ed uniformità delle leggi della natura. Laonde la *sperienza* è quella che determina la misura dell'autorità, e gradua la maggiore o minore distanza tra l'vero desunto da' propri sensi, e l'opinione del vero raccolta dalla testimonianza altrui.

Da tali principi la logica del foro ha ricavato i requisiti che aver dee la testimonianza, acciocchè più si approssimi alla originale verità de' sensi propri.

1.^o È necessario in primo luogo che la testimonianza cada sulla verità originale, che l'osservazione sia immediata al fatto, che la fede che noi prestiamo alla testimonianza altrui, sia riposta sull'osservazione propria di colui, a cui crediamo.

2.^o Bisogna che l'integrità e la capacità di chi osserva e depone il fatto, escluda il dubbio dell'errore, sia ne' sensi, sia nella volontà di lui.

3.^o Convien che il numero degli osservatori sulla cui fede dobbiamo riposare, escluda questo medesimo dubbio, di cui non potremmo essere sicuri, se volessimo rapportarci al detto di un solo.

4.^o Convien che l'accordo delle varie parti della narrazione sostenga la scambievolmente osservazione de' testimoni.

La narrazione dunque de' testimoni, nel detto de' quali concorrano insieme tutti gli esposti requisiti, trarrà seco l'adesione dell'animo nostro, o sia produrrà in noi la certezza di quel fatto che essi contestano.

Istituiamo ora un paragone tra questo genere di prova e la confessione, considerata come la testimonianza che un uomo rende del proprio fatto, e bilanciamente co' descritti caratteri il peso.

La prova di ogni delitto versa circa lo scoprimento di un fatto ignoto, l'investigazione del quale cominciar dee da un altro fatto già noto: il noto è l'esistenza del reato: l'ignoto è la conoscenza dell'autor suo. Tizio ha commesso il delitto? Se i miei sensi mi avessero fatto testimonio del delitto, in me ve ne sarebbe la certezza. Se lo deponesse un numero di testimoni indifferenti, capaci di percepire il fatto, coerenti nella narrazione, io presterei loro un grado di fede, che in me produrrebbe una conoscenza inferiore alla prima, ma ch'io equiparerei a quella, che avrei potuto acquistare co' miei propri sensi. Se lo stesso Tizio lo confessa, la conoscenza ch'io ne acquisto sarà uguale alla prima, o alla seconda specie di certezza?

Sebbene la confessione d'un delitto contenga appunto la scienza che ne ha l'autore del fatto, tuttavia perchè noi l'acquistiamo per mezzo della narrazione ch'è un organo intermedio, il quale non può confondersi colla scienza originale de' sensi, potrebbe forse essere riguardata come una specie inferiore di certezza. Forse ancora non mancherebbero argomenti da provare, che se da una parte la certezza de' propri sensi prevale ad ogni altra conoscenza, dall'altra questa certezza potrebbe essere bilanciata dalle presunzioni della verità, che contiene la confessione fatta dal reo contro di se medesimo. Ma questo paragone, se anche potess'essere concludente, sarebbe superfluo; perciocchè la questione non è di daro alla confessione il primato sulla certezza de' sensi, ma di metterla al di sopra di quelle prove di cui è capace la natura de' giudizi.

Procedendo dunque ne' limiti del pro-

posto paragone, il primo requisito della testimonianza è l'osservazione della verità originale. Ora non può dubitarsi che il testimonio più vicino alla verità sia quegli che narra il proprio fatto, tra perchè la parte originale d'un'azione è riposta nella volontà che la determina e non nei fatti esteriori che l'eseguono, e perchè il ministero de' sensi nell'osservazione dei fatti altrui si limita a stabilire il nudo fatto, e lascia ignorare il proposito del delinquente, e le intenzioni sue, dalle quali dipende il giudizio della qualità dell'azione.

Il secondo requisito è l'integrità e la capacità de' testimoni, i quali non abbiano alcun impedimento a percepire il fatto, di cui depongono l'osservazione. Ne' testimoni cotesto requisito è doppio, nella confessione è semplice: in quelli è necessario che non sia vizio o errore, tanto nella rappresentazione de' sensi, quanto nella percezione della mente; in questa il vizio può nascere solo dalla volontà.

Il terzo requisito è il numero di coloro che depongono il fatto, numero che dal diritto positivo è fissato per lo minimo a due. Nell'indagare la ragione della legge sono state varie le opinioni degli scrittori. Montesquieu parlando dell'assurdità delle leggi, che fanno perire un uomo sulla testimonianza d'un solo, osserva che ne sono richiesti due, perchè fra'l reo che nega ed un testimonio che afferma è necessaria una terza voce, che dia la preponderanza a quel contrasto di forze uguali. La stessa ragione fu trascritta nelle istituzioni di Caterina II, per la formazione del codice criminale di Russia (1). Altri hanno creduto che la pluralità de' testimoni sia richiesta, acciocchè la verità risulti dal contesto di più persone, o sia dall'accordo delle loro narrazioni e delle circostanze che l'accompagnano. La ragione allegata da Montesquieu sembra più acuta che fondata sulla natura delle prove; ma s'ella è vera, l'accettazione del reo è superiore ad ogni testimonianza; che se più fondata paresse la seconda opinione, è manifesto che quando trovinsi nella confessione la concordanza di tutte le circostanze che accompagnano il fatto,

(1) *Instruction pour le Code de la Russie article 10 §. 178 et 179.*

la sua credibilità è maggiore, perchè scevera d'ogni altro di quei dubbi, a' quali è esposta la fede de' testimoni.

Il quarto requisito è l'accordo delle varie parti della narrazione tra loro, il qual requisito può meglio dirsi un carattere per discernere le qualità precedenti, cioè l'integrità de' sensi ne' testimoni, la capacità della loro volontà, la loro indifferenza. Le nostre proprie sensazioni presuppongono le medesime qualità, vale a dire che l'uso de' sensi sia libero, retto ed esente da qualsivoglia impedimento o vizio particolare. Questo è un *postulato* di tutte le dimostrazioni che si fanno sulla certezza morale de' sensi, e senza del quale si cadrebbe in quell'equivoco, che fu nelle prime scuole della filosofia la sorgente dello scetticismo (1). Similmente la stessa integrità dee supporre nella percezione dell'animo, dapoichè conviene ch'ella sia libera dall'errore, e da qualunque altro vizio morale. Ora l'integrità ed il libero uso della percezione e della volontà è un requisito comune nel testimonio del fatto altrui, e nel reo confesso del proprio delitto: è un carattere che dee risaltare dalla narrazione così del fatto proprio, come dell'altrui, dapoichè è possibile ch'entrambi si prefiggano tutt'altro oggetto fuorchè la verità. Il mendacio de' testimo-

ni contro ad un terzo, o del reo confesso contro se medesimo, è appunto quello avvenimento, dal quale i giudizi creano di cautelarsi, e di cui la teoria delle prove vuol misurare la probabilità. Ora l'estimazione delle diverse specie di prove ricevute ne' giudizi, può farsi in due diversi modi, o comparativamente dell'una coll'altra, o di ciascuna per se medesima. Istituito il paragone fra la confessione spontanea e l'altro de' testimoni, supposto il concorso degli stessi requisiti nella parte in cui questo due specie di prova si somigliano, la confessione certamente è la prima, per lochè ella attinge la verità nel suo originale e ne pone in luce tutte le parti, mentrèchè la presunzione è il solo fondamento dell'autorità.

Sin qua la confessione è stata esaminata per la sola somiglianza estrinseca della parola, o sia come un detto d'un testimonio unico contro se medesimo. Ma cotesta somiglianza è imperfetta, perchè ciascuna delle due prove parte da un principio non solamente diverso, ma eterogeneo: nella testimonianza è la rappresentazione de' sensi: nella confessione è la forza della verità o il giudizio della coscienza. Ora dalla differenza appunto de' due cennati principi risulta la certezza maggiore della confessione.

CAPITOLO II.

FORZA DELLA VERITÀ.

Quelli i quali ripongono la certezza della confessione spontanea nella voce della coscienza, esprimono un giudizio complesso, di cui giova svolgere gli elementi. Che è quel che muove la coscienza a ritrarre co' propri caratteri l'azione di cui è stata testimonio?

La forza e l'influenza di quel principio universale della natura morale, che è la

cagione motrice di tutte le umane facoltà; la verità chiamata dagli antichi *divina*, perchè viene dall'autore stesso della ragione, perchè è la fiaccola illuminatrice della volontà e de' giudizi nostri, e perchè corriamo dietro a lei, come per un istinto razionale anche nelle ricerche speculative, e persino ne' concetti della immaginazione (2). Cotesto istinto presiede

(1) *Meo autem iudicio, ita est maxima in sensibus veritas, si et sani sunt et valentes, et omnia remouentur, quae obstant et impediunt.* Cicero. *Lucullus*.

(2) Boilau *Epître IX*, vers. 43 et suivants.

Rien n'est beau que le vrai; le vrai seul

est aimable.

Il doit regner partout, et même dans la fable.

*De toute fiction l'adroite fausseté
Ne tend qu'à faire aux yeux briller la vérité.*

ancora a tutte le relazioni della vita civile, perchè la verità è un raggio della luce primitiva, la quale si spande sopra qualsivoglia specie di conoscenza che venga dalla derivazione o dall'applicazione dei principi naturali. Quindi la verità è il fondamento d'ogni sorta d'obbligazione: quindi il disprezzo e l'abborrimento della menzogna è un principio comune alle colte e alle barbare nazioni.

Le passioni non pertanto trionfano talvolta dell'istinto della verità, come d'ogni altro istinto razionale della natura: i delinquenti contraggono l'abito di secondare le suggestioni di quelle, e per conseguente pervengono a far tacere la forza del principio regolatore delle umane azioni: l'esaltamento delle passioni va tant'oltre dal vero, quanto spinge l'uomo insino all'abborrimento e al disprezzo dell'esistenza!

L'obbiezione è vera, ma non distrugge il principio comune. L'amore per la verità sorge da un principio costante, immutabile, conveniente alla natura; le passioni sono passeggerie, mutabili, e per le stesse conseguenze loro richiamano gli uomini alla conoscenza de' propri fini; se in un caso riescono a soffocare la forza della verità, questa in mille altri prende la sua vicenda, le confonde, le fa tacere, e ricomparisce come il fuoco, di cui la forza sia stata violentemente compressa. Quelli che più o meno sentono in loro la forza della verità, possono variamente disputare sulla maggiore o minore frequenza de' casi ne' quali può esser vinta. Certamente l'istinto e l'amore della verità ha le sue radici nel cuore d'ogni uomo, e lo aveva pure nel cuore de' malfattori prima del delitto. Un lungo abito di scelleratezza può riuscire a soffocarlo, ma è appunto nella scala della depravazione che seguir vogliamo il delinquente, per segnare il punto in cui potrà rendersi indifferente alla forza della verità. Suppongasi in primo luogo un delinquente, che abbia per la prima volta rotto il freno de' suoi doveri morali, e vinto i principi di giustizia, che governano abitualmente il cuore umano. Egli sente di trovarsi in uno stato nuovo, conosce di avere violato i diritti altrui, teme la pena, è in uno stato d'incertezza e di confusione. Se in questo stato sia egli trasportato innanzi al giudice,

si crede scoperto, ed interrogato la prima volta del perchè si trovi sotto la figura di reo, confessa il suo delitto.

Suppongasi in secondo luogo il caso d'un reo che sia riuscito ad occultare un primo delitto, e che incoraggiato dall'esempio dell'impunità si porti al secondo: questi è già istruito de' mezzi lenti, e spesso incerti, che la giustizia impiega nello scoprimento del vero; ha imparato già a negare il delitto, è meglio preparato del primo a rispondere alle interrogazioni del giudice, e ne sostiene con minor trepidazione l'aspetto. È facile fin qua d'intendere, come il sentimento della propria sicurezza lo porti a questa prima vittoria sull'istinto della verità. Ma il giudice non s'acqueta alla prima negativa di lui; lo costringe a rispondere agli argomenti della realtà, che ha raccolto, l'obbliga a dimostrare l'innocenza che egli afferma, lo conduce ad un dialogo in cui la verità combatte gli sforzi della menzogna. Il delinquente o sopraffatto dalla forza degli argomenti, o ancora poco istruito, e non abbastanza pronto per creare e sostenere una narrazione falsa e coerente in tutte le sue circostanze, cade nella contraddizione ed è suo malgrado scoperto dalla forza della verità.

Trasportiamoci in terzo luogo al caso d'un malfattore più provetto, che abbia passato una gran parte de' giorni suoi nelle prigioni e negli ergastoli, e siasi col proprio esempio e con quello degli altri istruito a combattere le armi della giustizia. Costui va ad affrontarsi col giudice con una piena sicurezza di se medesimo, è già abbastanza destro per non impegnarsi in alcuna discussione, o per presentare una narrazione verisimile, elaborata nel lungo studio della sua esperienza; più accorto del giudice non sarà per alcun mezzo condotto a scoprire il proprio segreto. Se la conoscenza del cuore umano non fosse bastevole a mostrare la verità di questa scala, che l'uomo percorre prima di giungere a trionfare della verità, potrebbe dimostrarlo l'esperienza de' giudizi, e l'esempio di quello che tuttoggiorno cade sotto gli occhi de' magistrati criminali. In somma non è sufficiente il solo abito del delitto a chiudere nella bocca del reo la voce della verità; è l'abito che il reo contrae di contendere colla giustizia, quello

che rendo difficili le confessioni. Ma a che tendono coteste obiezioni? A daro la confessione spontanea come inverisimile e quasi come una conseguenza della infermità del giudizio; ovvero come una falsa manifestazione dotta dall'esaltamento d'una passione che induce l'uomo a calunniare se stesso? Rimettiamo cotesta seconda ipotesi ad una più accurata disettazione intorno alla probabilità del suicidio giudiziale. Ad ismentire la prima basta l'autorità e l'esempio di Socrate.

Critone prega Socrate di salvarsi colla fuga, e gliene offre i mezzi; lo richiama a doveri verso i suoi, verso gli amici, verso la sua stessa innocenza; lo rimprovera di non aver preso nel corso del giu-

dizio i mezzi di salvezza, ch'erano in suo potere; gli mostra, che il rimanere in Atene per perdere la vita sarebbe il colmo della follia, e che sarebbe assurdo, ch'egli facesse contra so medesimo quello che appena far potrebbero i suoi più crudeli nemici. Socrate nega di avere altri doveri oltro quelli del giusto e dell'onesto, e piuttosto che violarli, consente di esporsi alla pena che l'invidia e la calunnia gli avevano preparata (1). Non è l'imitazione di quest'esempio sovrumano che io credo comune ne' rei, ma lo stesso certamente dimostra che le confessioni spontanee non possono tenersi come inverisimili, e quasi come estranee al senso della natura.

CAPITOLO III.

GIUDIZIO DELLA COSCIENZA.

L'istinto della verità, che può tanto sugli uomini, vince più facilmente l'animo loro lacerato da rimorsi della coscienza; e così due cagioni morali, quasi per una provvidenza della natura, cospirano a scoprirlo ed a vండిcare il delitto. La coscienza, questo sentimento interno della nostra esistenza e di tutte le nostre funzioni morali, esercita in noi due ministeri. È primamente il testimonio d'ogni fatto nostro, o come tale accompagna la volontà nelle azioni presenti, segue la memoria nelle passate, ed è il mozzo onde ci accorgiamo della continuità e dell'identità della nostra persona morale. Giudica in secondo luogo le azioni stesse, il perchè le riferisce al sentimento della nostra felicità, le paragona co' dettami di questa legge primitiva, o le corona dopo un tal giudizio, o coll' interna soddisfazione o col rimorso. Le passioni, le quali ci fanno deviare dal retto cammino, o ci conducono al delitto, sono secondo l'immagino di Plutarco, simili ad un vento che spira veemente insino alla consumazione del reato, e di cui l'impeto cominciando da quel

momento stesso a mancare, abbandona l'animo a se medesimo e al giudizio della coscienza (2). Ora la natura ha renduto officaci siffatti giudizi in due diversi modi: gli ha raccomandati alla ragione in quelli uomini, che ha creduto capaci d'essere da questa regolati; ha adoperato l'immaginazione per quegli altri che non obbediscono ad un freno sì lento, quasi per bilanciaro la forza del delitto, e per fare che la pena nascesse dalla stessa sorgente del male. E però coloro, ne' quali l'abito del delitto o la natura delle passioni potrebbe soffocare la voce della ragione, acciochè non trionfino dell'imperio della coscienza, richiamati a questo senso dagli artifizj dell'immaginazione, vincono loro malgrado l'importanza del proprio segreto, e scoprono spesso i delitti più nascosi:

*Quippe ubi se multi per somnia saepe loquentes
Aut morbo delirantes prooraze ferantur
Et celata diu in medium precata dedisse (3).*

L'influenza dell'immaginazione descrit-

(1) Platonis *Crito*.

(2) Plutarco. *De his, qui sero a numi-*

ne puniuntur.

(3) Lucretius *lib. 5, vers. 1157.*

ta da' poeti nelle furie d'Atamante e di Oreste (1), è appunto il linguaggio della coscienza, la quale al dir di Cicerone turba e perseguita chi ha commesso il delitto: son queste le fure e lo faci ardenti dei malfattori (2). La storia è piena di esempi, che è superfluo ricordare, dapoichè esprimono il sentimento più ovvio della natura umana (3).

Premesso ciò, la voce della coscienza espressa nella confessione spontanea può essero riguardata o come una testimonianza del fatto che il reo manifesta, o

come un argomento della credibilità di quello. Guardata nel primo aspetto, è manifesto essere più sicura la conoscenza del fatto, ricavata dall'autore stesso, il quale scopre l'azione, la volontà ed i mezzi che l'hanno determinata, di quella che potremmo avero da un numero qualunque di testimoni, i quali, dopo di avere descritto l'azione materiale, lasciano il giudice all'oscuro della parte intrinseca dell'azione stessa, in cui si contiene l'intenzione criminosa, scusabile o giusta della cosa; parte nella quale sta riposta

(1) Vedi Euripide nell'Oreste, atto 1, scena 1.

Το μητρός δ' αἷμα νιν τρογγλάται
Μαιναίνων οὐραζέειν ἥρ' αὐδοῦμαι θίας
Εὐμειδᾶς, αἱ τοῦδ' ἐξαίτλωνται ροῖβω.

Che in ismania lo contorceo e scuote
Il sangue della madre, io dico il sangue
Però che a nominar ribrezzo sento
L'Eumenidi, le Dee tristi che a gara
Combattono costui co' lor terrori.

E nella scena 4.

Ω μητὲρ τίκτιν' ὅτι μὴ τίσις μοι
Τὰς αἱματωπούς καὶ δρακοντοειδὲς κόρας
Αὐταὶ ἥρ' οὐνται πλῆσιον θρωσκουσι μου.

Madre ti prego non mi porre innanzi
Queste fanciulle, ch'hanno i lumi aspersi
Tutti di sangue, o di serpenti il erino,
Poichè vicino a me sen vanno queste
Saltando.

E nell'atto secondo.

Ορ. Φειδόμεθ' ὁ δαίμων, δ' ἐς ἐμὲ πλυσ-
σὶς κακῶν

Με. Τὴ γρήμα πατρίης, τίς σ' ἀπολλύσει
νοσός;

Ορ. Ἡ συνείτις, ὅτι συνείδω δέινειν εἰργασ-
μέυος.

..... Or. Lasciamo, il Nume in mille
Vario guiso m' affligge. Men. E cosa
solfri?

Or. La coscienza, poichè di me medesimo
Consapevole son d'aver commesso
Atroci cose.

(2) Nolite enim putare quemadmodum
in fabulis saepenumero videtis, eos qui
aliquid impie scelerateque commiserint,
agitari et perterriti furiarum taediis ar-
dentibus. Sua quemque fraus, et suus
terror maxime vexat: suum quemque sce-
lus agitat, amentiaque afficit; suae ma-
lae cogitationes, conscientiaeque animi

terrent. Haec sunt impiis assidue dome-
sticaeque furae; quae dies noctesque pa-
rentum poenas a conceleratissimis filiis
repetant. Pro Sex. Rosc. Amer. §. 24.

(3) Narravasi presso i Greci d'Aristo-
demo Re de' Messeni, che lo spettro della
figliuola gli si presentasse in sogno, of-
frendogli il petto ed il ventre da lui squar-
ciati nell'atroce sacrificio. Dicevasi che
Aristodemo turbato da tale immagine, e
lacerato dal rimorso, abbandonato il regno
e la gloria militare, a' quali beni aveva sa-
grificato la figliuola, corresse a svenarsi
sulla tomba di lei. Pausania lib. 4. cap. 4.
Narravasi pure di Apollodoro che sognas-
se d'essere scorticato dagli Sciti, e bollito
in una caldaia, mentre il suo cuore mor-
morando dicevagli, io ti sono la cagione
di tutti questi mali. Pausania uno degli
uomini i più superiori alla voce della co-
scienza, fu tratto al supplizio dallo spettro
di Cleonice. Questi ed altri esempi sono
raccolti nel tratto di Pintarco, *de his qui
sacro a numine puniuntur*.

In quanto a' detti de' poeti, questo sen-
timento si trova in quasi tutti descritto.
Uno de' più belli luoghi è quello d'Ario-
sto:

Miser chi mal opraudo si confida
Ch' ognor star debbia il malficio oc-
culto,

Che quando ogni altro taccia, intorno
grida

L'aria o la terra stessa, in ch'è sepolto.

E Dio fa spesso, che il peccato guida
Il peccator, poi ch'alcun di gli ha in-
dulto

Che se medesimo senz'altrui richiesta
Inavvedutamente manifesta. Canto 6.
Vedi la satira 13 di Giovenale.

l'incertezza del giudizio, e la misura dell'imputabilità dell'azione. Valutata poi come argomento di credibilità, si dee in chi narra un fatto aver riguardo a tre diversi stati. Un testimonio, o è prevenuto per se medesimo, o è indifferente, ovvero, in contraddizione del proprio interesse, è prevenuto per la verità. La presenza dell'interesse proprio nel fatto corrompe la testimonianza di colui, che ne prende la causa, il perchè la critica lo rigetta. L'indifferenza, contenendo la capacità del testimonio all'affermativa ed alla negativa del fatto, quando i sensi co' quali l'ha percepito sieno retti, stabilisce la presunzione della certezza. La prevenzione per la verità spiegata colla contraddizione del proprio interesse, contiene la certezza dimostrata; anzi la forza della dimostrazione cresce in ragione dell'importanza dell'interesse, a cui il testimonio contraddice. Ora stabilita una scala d'interessi da' civili a' naturali, fino a

quello della vita stessa, la testimonianza, la quale contraddice a cotesto sommo bene, che è il nodo donde partono tutte le leggi dell'utilità propria; contiene in se la più luminosa prova dell'infallibile giudizio della coscienza. Il delinquente che confessa il proprio delitto, e lo confessa in un giudizio capitale, ha già violato la giustizia: il danno prodotto dal suo reato è irrimediabile, non potendo col sacrificio della sua vita restituire quella dell'estinto nemico: non ha altri diritti a conservare se non quelli della propria esistenza: ciò non pertanto volontario corre a condannare se stesso. Quest'uomo cotanto imparziale con se medesimo raccoglie nel suo detto tutti i gradi della credibilità: la sua confessione è sostenuta dalla forza d'entrambi i principi morali, l'istinto della verità, e la forza della coscienza: la certezza di questa prova non potrebbe essere invocata in dubbio se non da coloro, i quali rotto avessero il freno de' cennati principi.

CAPITOLO IV.

CERTEZZA LEGALE DELLA CONFESIONE NE' GIUDIZI CRIMINALI.

Nella storia de' giudizi romani sono da distinguere due epoche: una è quella dell'antico processo, che si amministra e si propone come il modello delle forme giudiziali: l'altra de' tempi, ne quali l'ordine giudiziario e gli antichi magistrati del popolo romano furono modificati dalle leggi imperiali. La prima forma non separava interamente la cognizione del fatto da quella della pena, come alcuni hanno creduto, perciocchè il collegio de' giudici sulla cui pluralità il magistrato condanna o assolleva, assorbiva ugualmente il giudizio

della reità e la dichiarazione della pena. Ma il giudizio di quelli era libero, e non frenato da altra regola, fuorchè dal criterio naturale; il fondamento della loro opinione, era la libera discussione tra l'accusato ed il reo, e la sicurezza che la legge riponeva in tal giudizio, era fondata nel numero di coloro che lo pronunziavano. Cotesta forma sopravvisse poco ai tempi della repubblica, perciocchè fu prima alterata dalla mutazione degli antichi magistrati (1), indi dalla introduzione dei giudizi straordinari (2), dallo violente

(1) Vedi la legge 2. D. De Orig. juris, et omnium magistratuum, la legge 1, D. de Off. Praef. Urbis.

(2) Ordo exercendorum publicorum judiciorum capitalium in usu esse desit, durante tamen poena legum, quum extra ordinem crimina probantur. L. 8 D. de Public. Judic.

Ea quidem quae per officium Praesidibus denuntiantur, et citra solemnità accu-

sationum posse perpendi incognitum non est. Verum si falsis, nec ne notoriis insinulatus sit, perpenso judicio dispici debet. L. 7 C. de accusat.

Levia crimina audire et discutere de plano Proconsulem oportet, et vel liberare eos, quibus obviuntur, vel fustibus castigare, vel flagellis caesos verberare. L. 6 D. de accusat. et inscript.

formo de' giudizj di maestà (1), e dall' istituzione della tortura (2), a cui le leggi posteriori e gli stessi giudizj di maestà apersero l' adito. Le regole che i libri delle leggi romane contengono intorno alla qualità, e all'estimazione delle prove, appartengono a' giudizj del secondo tempo.

Sebbene la natura degli antichi giudizj non ammettesse regole positive circa la qualità e il peso delle prove, tuttavia abbiamo un solenne documento dell' autorità che in quelli aveva la confessione spontanea. Questo è il voto di Catone nel senato contro a' congiurati di Catilina: *de confessis, reuti de manifestis rerum capitalium, more majorum, supplicium suumendum* (3). Da questa sentenza, alla quale sono anche conformi altri documenti storici (4), rilevasi che la confessione del delitto era risguardata non solamente come la prima di tutte le prove, ma come l' evidenza stessa, di rincontro alla quale non rimaneva altro al giudice che l'applicazione della pena. E tanto questo principio era stabilito sull'ordine fondamentale de' giudizj, quanto all'espressa confessione fu equiparata anche l'implicita e la presunta. In fatti la contumacia del reo era interpretata come confessione (5), come tale era risguardata la fuga (6), come tale il silenzio alle inermizzazioni dell' accusatore (7). Per verità cotesti indizj sono troppo lontani dal-

la forza naturale della confessione, ma la forza che concedeva loro la legge, può esser citata, come un argomento della maggior fede, che si prestava alle confessioni espresse.

Per quel che concerne la prova delle confessioni ne' giudizj della seconda età, i libri del diritto distinguono la confessione de' giudizj civili da quella che serve di prova ne' delitti. Non è già che la certezza d'entrambe le spezie di confessione non sia fondata sopra principi comuni, perciocchè non influisce nella verità della confessione il soggetto sul quale ella cade; ma la differenza nasce dalla maggiore o dalla minore probabilità de' possibili, che negli uni e negli altri giudizj sogliono adombrare la verità delle confessioni, formando così una eccezione alla loro naturale certezza. Caderà qui appresso l'occasione di dimostrare, che quei possibili, i quali fanno la probabilità delle confessioni non ne diminuiscono nel generale la certezza, siccome un numero di testimoni non indifferenti che in un caso congiurano contra l'innocenza del reo, non distruggono la certezza della prova testimoniale, fornita de' caratteri della verità; e che la differenza tra le confessioni dell' una e dell' altra spezie di giudizj, è fondata solamente nel diverso momento delle conseguenze loro. Intanto avendo il diritto romano trattato dello une separata-

(1) Vedi Tacito nel libro 3 degli Annali al capitolo 38; il panegirico di Plinio al §. 42.

(2) Tacito libro 4 degli Annali, cap. 29.

(3) Sallustij *Bellum Catilinarium* cap. 56.

(4) *Habes igitur, Tubero, quod est accusatori maxime optandum, confitentem reum. Cicero pro Ligario* 1. Vedi anche Ovidio nel libro 2. *Ex Ponto*, epist. 2.

(5) *Hanc ego, non ut me defendere tentet, adoro*

Non est confessi causa tuenda rei.

(6) Vedi Sigonio de *Judiciis*.

(7) Cujacio *Observationum* lib. VII, cap. 20.

(7) Sigonio de *Judiciis*.

Barn. Brissonij *Selectarum antiquitatum lib.* 2. Asconio Pediano nella 2 Ora-

zione contro a Verre: *Tum cum a me reus factus est. Quid est reum fieri, nisi apud Praetorem legibus interrogari? Cum enim in jus ventum esset, dicebat accusator apud Praetorem reo, Ajo te Siculos spoliasse. Si tacuisset, lis ei aestimabatur ut victo.*

Lis aestimatur. Hoc est pecunia de qua lis fuit, et propter quam condemnatus est, in summam redacta, quae de ejus rebus exigeretur. Duas res enim consequabatur damnationem. Pecunia, quae vel simplex vel duplex, vel quadruplato dicebatur. Altera exilium. Vedi *Francisci Polleti; Historia fori Romani* lib. 4 cap. 8.

La sentenza di Donato Grammatico nell' Eunuco: *Taciturnitatem confessionis genus esse, praesertim contra adversarii interrogationem.*

mente dalle altre, non sono elleno da confondersi, siccome han fatto taluni giureconsulti. Gli argomenti di legge inoltre non debbono essere indistintamente trasportati da' giudizi civili a' criminali, o molto meno debbono essere interpretati per la somiglianza delle parole, più che pe' principi e per lo spirito delle leggi.

Delle confessioni che servono di prova no' delitti, la legge ha determinato l'efficacia, avendole in un caso additate, come la massima prova che possa indurro il giudice alla sentenza capitale (1): in un altro avendolo messo in comparazione colla convizione, che si ottiene per mezzo de' testimoni (2); in un terzo avendole equiparato alle confessioni estorte, quando queste sieno sostenute da prove estrin-

seco e da altri argomenti della verità (3); e per ultimo avendole avuto come maggiori della flagranza stessa (4). Così spiega- si il perchè i rei confessi furon messi sotto una custodia più rigida, e furon privati persino del beneficio dell'appellazio- ne (5); beneficio per altro di cui gode- vano semprechè fossero stati condannati sopra qualsivoglia altra specie di pro- va, non esclusa la stessa confessione estor- ta (6). Da queste disposizioni del diritto romano ricavasi, che la certezza delle confessioni fu da quei giureconsulti risguardata come una verità intuitiva superiore a tutte le regole, che sogliono determina- re l'autorità e la credibilità delle altre prove.

CAPITOLO V.

CERTEZZA DELLA CONFESSIONE NE' GIUDIZI CIVILI.

Ne' giudizi civili e in quella parte de' pe- nali, no' quali il delitto e la colpa sono solamente soggetti all'emenda del danno, la legge detta le regole per le quali deesi giudicare delle confessioni; nel che il di-

ritto antico è più ordinato e positivo di quello ch'è per la pena de' reati.

Il principio sul quale la legge fonda la certezza di tai confessioni, è che non ap- partengono all'ufficio del giudice altro che

(1) *Qui sententiam laturus est, temperamentum hoc teneat, ut non prius ca- pitalem in quempiam promat, severam- que sententiam, quam in adulterii, vel homicidii, vel maleficii crimine, aut sua confessione, aut certe, omnium tormen- tis, vel interrogationibus fuerint dediti, in unum conspirantes concordantesque rei finem convictus sit, et sic in objecto fla- gitio deprehensus ut viz etiam ipse ea, quae commiserit, negare sufficiat. L. 16 C. de poenis.*

Atque ita provinciae moderator Sacer- dotum et Catholicae Ecclesiae ministro- rum, loci quoque ipsius, et divini cultus injuriam, capitali in convictos seu con- fessos reos sententia, noverit vindican- dum. L. 10. Si quis in hoc, C. de Episc. et Cleric.

Vedi inoltre la L. 38 D. *De minoribus XXV annis, §. In delictis* . . . Sed (ut ad Legis Jul. de adult. coercendis, prae- cepta veniamus) utique nulla deprecatio adulterii poenae est, si se minor annis adulterum fateatur commisisse.

(2) *Servos qui fecisse violentiam con- fessionibus testium, aut propriis docebun- tur, si id inscio domino admiserint, po- stremo supplicio deditos, luere perpetra- ta censemus. L. 8 C. ad L. Jul. de vi pub.*

(3) *Detta legge 16 de poenis.*

(4) *Detta legge 16 de poenis.*

(5) *Observare curabis, ne quis homici- darum, veneficorum, maleficorum, adulte- rorum, itemque eorum qui manifestam vio- lentiam commiserunt, argumentis convic- tus, testibus superatus, voce et proprii vi- tium scelusque confessus, audiat appella- re. L. 2 quorum appellationes non reci- piuntur.*

(6) *Sicut enim hoc observari disponi- mus, ita equum est testibus productis, in- strumentisque prolatis, aliisque argumen- tis praestitis, si sententia contra eam la- ta sit, et ipse qui condemnatus est, aut minime voce sua confessus sit, aut formi- dine tormentorum territus, si aliquid dice- rit, provocandi licentiam ei non denega- ri. D. 1, 2 quorum appellationes non reci- piuntur.*

il dirimere la contraddizione fra l'attore ed il reo, quando questi aderisca all'azione promossa, il consenso o la confessione di lui tiene luogo di sentenza (1). Quindi la confessione è equiparata al giudicato, la contesa giudiziaria si ha come finita, e l'ufficio del giudice si limita allora a render efficace l'atto, per mezzo di cui la lite è stata terminata. Tal'è l'autorità che la confessione ebbe tanto nelle prime leggi romane (2), quanto nel diritto civile posteriore, dal quale è stata suddivisa in due specie (3): quella, fatta sull'azione preparatoria dell'attore, l'altra sulla cosa intera dedotta nel giudizio. La prima, di cui la forza è spiegata nel titolo del diritto delle *azioni interrogatorie*, aveva come un contratto, da cui il reo non potesse recedere qualunque fosse la verità o l'errore della confessione (4). Gli effetti della seconda, di cui si fa la sposizione ne' titoli de' *rei confessi*, erano gli stessi della cosa giudicata: in entrambi i cennati casi la confessione conteneva una verità dimostrata, e in tanto gli effetti erano diversi, in quanto corrispondevano a' differenti stati del giudizio.

Ciò premesso, il reo confessò, non solo si presume come giudicato dalla legge, ma questa dà all'attore un'azione particolare per esigere l'esecuzione di quello, a cui il reo medesimo si è volontariamente condannato (5). Laonde se il reo convenuto

sia possessore della cosa dedotta in giudizio e lo confessi, dee restituirla tra quel medesimo tempo, nel quale dovrebbe renderla, se fosse stato per sentenza condannato a rilasciarla (6); non rilasciandola si passa all'estimazione di essa, e dassi al giudizio un esecutore, come per la causa giudicata (7). Che se la confessione cada intorno alla ricognizione d'un debito certo, l'ufficio del giudice si limita all'ordinare l'esecuzione dell'obbligazione contratta per l'atto stesso del giudizio (8).

Cotanta autorità della confessione nei giudizi civili, non è solamente fondata sopra la forza del principio legale testè detto, ma dipende altresì dalle regole della certezza morale, alle quali il legislatore ha voluto essere coerente; perciocchè dovunque si tratti di estimare qualsivoglia altra prova, o atto che contenga una confessione espressa o implicita del reo, la legge ricorda la fermezza e l'autenticità della testimonianza che l'uomo rende contra il proprio interesse. In fatti se dopo la confessione fatta del debito, il debitore opponga l'eccezione del denaro non numerato, la legge dice, che debba stare alla propria confessione, e che, tranne una prova evidentissima in contrario, non debbasi in alcun modo permettere a' chiechessa il venire con altre prove ad impugnare la certezza contenuta nella testi-

(1) *L. negantes debitores C. de Act. et Obl. L. 1 C. de executione rei judicatae.*

(2) *Rei confessi, robore jure judicatis, triginta dies justi sunt. Leges XII Tabular. apud Gell. Noct. Attic. LXX cap. 1.*

Vedi Bynkershoek *Observationum juris* lib. 1. cap. 1.

(3) *L. 1. D. de Confessis.*

Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. L. Un. C. de Confess.

(4) *Qui interrogatus responderit, sic tenetur quasi ex contractu obligatus, pro quo pulsabatur, dum ab adversario interrogaretur. Sed etsi a Praetore fuerit interrogationibus, nihil facit Praetoris auctoritas, sed ipsius responsum, aut mendacium. L. 11. §. 9 D. de Interrogationibus in jure factis, et de Interrog. Act.*

(5) *Rei sunt, quorum de re disceptatur. Cic. de Orat. lib. 2 c. 43.*

L. 23 §. Si quis hominem D. Ad Leg. Aquil.

Notandum est quod in hac actione, quae adversus confitentem datur, iudex non rei judicandae, sed aestimandae datur; nam nullae sunt partes iudicis in confitentem. L. proinde 25 §. notandum est D. Ad Leg. Aquil.

Post rem judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam, nihil quaeritur post orationem D. Marci, quia in jure confessi pro judicatis habentur. L. 56 D. de re judic.

(6) *L. 6 §. 2 e 6 D. De confessis. L. ult. Quibus ad lib. procl. non licet.*

(7) *L. 7 D. de Confessis.*

(8) *L. 6. §. 5 D. de Confessis.*

monianza della propria bocca (1). Similmente se il debitore contravvenga ad una convenzione, nella quale trovisi espressa o tacita la confessione del debito, la legge

vuole che il giudice senz'altra cognizione, giudichi la causa di lui, come di un reo confesso (2).

CAPITOLO VI.

ECCEZIONI DELLA CERTEZZA NELLA CONFESSIONE NE' GIUDIZI CIVILI.

Le autorità e gli argomenti finora esposti sono quelli sopra i quali è fondata nel diritto la certezza delle confessioni in generale; rimano ora ad esaminare se la verità ed il peso di questa pruova sieno diminuiti dall'eccezioni, di cui la regola generale è capace; o sia, se i possibili contrari ch'entrano nella natura della certezza relativa, derogano in qualche caso a' principi di sopra stabiliti. Tali eccezioni sono diversamente dalla legge valutate ne' giudizi civili e ne' penali, il perchè ha distintamente trattato delle une e delle altre confessioni. Esaminiamo le eccezioni che costituiscono la probabilità nelle confessioni de' giudizi civili, per riservare ad un'analisi maggiore i principi, da' quali dipende la probabilità delle confessioni nella pruova de' delitti.

Due casi possono distruggere la fermezza delle confessioni ne' giudizi civili: il difetto di volontà in chi confessa; il difetto della verisimiglianza del detto.

In questi giudizi la confessione suol essere riguardata o come un contratto giudiziale (e tal è nelle azioni interrogatorie), o come una testimonianza che il reo rende contro a' propri interessi. Si nell'uno che nell'altro caso, è necessario il pieno con-

senso del reo convenuto; il perchè dove nella confessione sia caduto quell'errore che distrugge il consenso, ivi manca la sua forza (3). Tal è l'errore del fatto altrui ch'esemplifica il giureconsulto Paolo colla confessione di colui, che dice di dovere una cosa certa, comechè questa sia distrutta (4). Tale è del pari la confessione, la quale facciasi sopra cosa incerta, non definita, o non spiegata dal reo, perchè non può egli in tali casi essere convenuto per la forza del suo detto (5).

Per l'opposito non solamente l'errore del diritto non vizia la confessione (6), ma la legge per sostenere la certezza, deroga al principio della necessità del consenso. E qui vuolsi notare che sebbene l'errore di fatto vizi il consenso; purtuttavia quando l'errore cada sul fatto proprio del reo confesso e non sul fatto altrui, la confessione è valida (7). La ragione di questa eccezione sarà meglio intesa per quel che diremo della verisimiglianza.

Il difetto di verisimiglianza nuoce alla validità della confessione in tutti i casi ne' quali la legge antepone la presunzione della verità alla verità stessa. I diritti dei quali discettasi ne' giudizi civili son volon-

(1) *Nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.* L. 13 C. de non num. pecun. Vedi anche la L. 23 D. de pactis.

(2) *Qui provocavit pactus est, intra diem certum pecunia quae transegerat non soluta, iudicatis se satisfacturum; iudex appellationis nullo alio pro principali causa discussa, iustam conventionem, veluti confessi sequeretur.* L. 41 D. de pactis.

(3) *Non fatetur qui errat, nisi ius ignoraverit.* L. 2 D. de Confessis.

(4) *Non omnimodo confessus condemnari debet rei nomine, quae an in rerum natura esset, incertum sit.* L. 8 D. de Confessis.

(5) *Certum confessus pro iudicio erit, incertum non erit.* L. 6 D. de Confessis. (6) L. 3 e 5 D. de Confessis.

(7) *Si is cum quo Lege Aquilia agitur, confessus est servum occidisse, licet non occideris, si tamen occisus sit homo, ex confesso tenetur.* L. 4 D. eod.

tari, e nascono da una legge di convenzione a cui può rinunciare ciascun di coloro, pel favore de' quali fu quella costituita. Ora quando la confessione del reo convenuto toglie di mezzo l'ufficio del giudice, è manifesto che la legge non debba occuparsi dell'esame della verità della confessione. Imperocchè, se è vera, ha prevenuto lo sperimento de' mezzi legittimi; se falsa, ha voluto il reo rinunciare ad un diritto di cui era l'assoluto disponente (1). In siffatti giudizi dunque, sia vera o falsa la confessione, è sempre dalla legge ritenuta come valida, e immutabili ne sono gli effetti (2). Per una conseguenza di tai principi, esclude il diritto civile l'errore del fatto proprio dalle cagioni che distruggono il consenso, come quello che con dolo avrebbe potuto essere adoperato per eludere la validità e la fermezza della confessione.

D'altra parte se la confessione falsa nel giudizio civile si sostiene perchè ciascuno può rinunziare al proprio diritto, ne segue che dove taluno supponga avere un diritto che non ha, la confessione fondata sopra una tale supposizione, non può essere sostenuta dalla presunzione della verità. Similmente se la confessione versi circa un fatto, che contenga un impossibile assoluto, in tal caso il fatto stesso distrugge la presunzione della legge e fa cadere la confessione; nel che si verifica la regola testè enunciata, che la legge sostiene la confessione non vera, o abbandona l'inverisimile. A questo modo intendonsi gli esempi del diritto romano, nei quali dicesti che se quegli ch'è incapace

di dominio confessi esser suo un terzo altrui, la confessione è invalida (3); o che se io affermi essere mio figliuolo quegli, ch'è padre di famiglia, o mi preceda d'età, la mia confessione contiene un impossibile, che la forza della presunzione non può scambiare colla verità (4). Cotesti esempi sono generalizzati dalla massima: *in totum confessiones ita ratae sunt, si id quod in confessionem venit, et jus et naturam recipere potest* (5), massima di cui si è fatto generalmente nel foro una falsa applicazione, perciocchè si è fatto derivare dalla stessa la necessità di verificare le confessioni per mezzo di quei tanti caratteri che ne' tempi seguenti escogitò il criterio legale.

Il metodo di separare le regole e le eccezioni proprie di ciascuna specie di confessione, è utile per evitare le false analogie contenute negli argomenti di legge, de' quali hanno abusato non solamente gli scrittori del foro, ma i più dotti interpreti; avendo costoro spesso trasportato dall'uno all'altro caso le autorità relative alle confessioni, che la legge ha distinto, e delle quali ha diversamente trattato. Da tale errore nacquero le controversie, se fosse o no necessaria la condanna dopo la confessione, e se il reo confessò dovesse averli come condannato anche ne' giudizi criminali (6). Ulrico Huber, uno de' più eruditi interpreti olandesi, sostenne nello sue prelezioni sul diritto civile, che la massima la quale equipara i confessi a' condannati, sia comune a' giudizi criminali, e ne adduce una falsa ragione, che è il non aver fatto la legge distinzione alcuna

(1) L. in re Mandata C. Mandati.

(2) *Voluit Praetor adstringere eum, qui convenitur ex eua in judicio responsione, ut vel confitendo, vel mentiendo se se oneret; simul etiam portionis, pro qua quisque haeres extitit ex interrogatione certioretur.* L. 4 De interrog. in jur. fac. Si quis quum heres non esset, interrogatus responderit ex parte haeredem esse, sic convenietur, atque si ex parte haeres esset; fides enim ei contra se habebitur. L. 11 §. 1 D. eod. L. 4 D. de confessis.

(3) *Quamquam autem placet etiam eum tenere, qui alienum servum suum fassus esset, attamen rectissime placuit, eum*

demum teneri, qui suum potuit habere. Caeterum si dominium quaerere non potuit non teneri. L. 16 §. 1 D. de interrog. in jur. fac.

(4) *Et si eum, qui in potestate patris esset, respondisse filium meum esse, ita me obligare, si aetas ejus pateretur, ut filius meus esse possit quia falsae confessiones naturalibus convenire deberent.* L. 13 D. de interrog. in jur. fac.

(5) L. 14 §. 1 D. eod.

(6) *Habet hunc effectum judicati confessio non tantum in civilibus, sed etiam in criminalibus, si quidem leges non distinguunt.* Praelect. ad Digest. lib. 42 tit. 2 §. 2.

tra gli uni, e gli altri. Lo stesso Cuiacio sembra essere stato l'antesignano di cotesta opinione (1). Entrambi per conciliarla coll'autorità delle altre leggi, e colla storia de' giudizi romani, affermarono, essere l'auziletta massima comune alle due specie di confessioni, e che così nella prima, come nella seconda, fosse sempre necessaria la sentenza condannatoria (2). Il rispetto dovuto in ogni tempo a' padri della scienza del diritto, mi renderebbe forse più circospetto nello scoprire l'errore di queste opinioni, se esse non fossero state già notate da altri interpreti (3), e se una lesione, o una conget-

tura particolare, meno giusta d'un'altra, potesse adombrare l'eminente merito loro.

In conclusione, è fuori dubbio che i principi sopra i quali è fondata la certezza delle confessioni, son comuni agli uni ed agli altri giudizi: la diversità tra loro nasce dagli effetti, i quali ne' giudizi criminali a differenza de' civili meritano l'antivedimento delle leggi: cotesti effetti contengono que' casi possibili, che formano le eccezioni della certezza morale; il determinare il numero di tai possibili e i gradi della loro probabilità, contiene la vera estimazione delle cennate specie di prova.

CAPITOLO VII.

ECCEZIONI DELLA CERTEZZA DELLE CONFESSIONI NE' GIUDIZI CRIMINALI.

Le confessioni ne' giudizi civili versano circa i diritti della proprietà, mentrechè ne' giudizi criminali riguardano la vita naturale o civile degli uomini. Quei diritti sono croati dallo stato civile, e però sono sotto l'assoluta disposizione di coloro a' quali appartengono: la vita è una carriera necessaria che l'uomo dee percorrere, o di cui la durata e la sorte, sono sotto la disposizione dell'autore di lei. Per conseguente duo contrari principi hanno dettato le leggi positive circa l'uso di due beni cotanto diversi tra loro. I giudizi civili si propongono di non privare chicchessia del propriodiritto senza il suo giusto consenso. Ma se taluno vi rinunzi,

la legge segue la volontà di lui come dell'assoluto padrone della cosa (4), non riconoscendo ingiuria in qualunque atto concorra la volontà o la tolleranza di colui che l'ha voluto (5).

I giudizi criminali si propongono un oggetto molto più importante e più difficile a conseguire, che è la sicurezza dell'innocenza anche negli uomini che vorrebbero rinunziarvi (6), tra perchè niuno è padrone della sua vita (7), e perchè la legge custode de' diritti alienabili della natura, prescrive una difesa necessaria anche a' rei che vorrebbero infrangergli (8); che anzi addoppia la sua vigilanza in proporzione ch'è maggiore il pericolo che ad

(1) *Ea ratio est optima, quia cum habeatur confessus pro damnato, facit ut desperatus ad delationem aliorum confugere possit.* Cuiacio nel titolo del Codice de Confessione.

(2) Huber §. 1 del luogo citato. Cuiacio nel libro 2 delle Osservazioni cap. 36, e ne' Paratitoli D. de Confessione.

(3) Guglielmo Marano ne' Paratitoli. Einnocio nella Dissertazione De religione iudicantium in confessione reorum, §. 18.

(4) *Nam suae quidem quisque rei moderator, atque arbiter, non omnia negotia, sed pluraque ex proprio nomine facit.* L. in re mandata C. Mandati.

(5) *Nulla est injuria, quae in volentem fiat.* L. 10 §. 5 D. de injur.

(6) *Nec innocentibus poenas irrogare ad solitudinem suam praesens provinciae cures.* L. 6 §. 4 D. de Off. Praesid.

(7) *Quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur.* L. liber homo D. ad L. Aquiliam.

(8) *Quid ergo si resistat qui damnatus est, adversus provocantem, nec velit admitti ejus appellationem, perire festinans? Adhuc puto differendum supplicium.* L. 6 D. de appellat. et relat.

essi sovrasta (1). E sebbene il primo presidio alla conservazione della vita si è stato dalla natura riposto nell'amore per noi stessi, e nell'istinto per l'esistenza; pur tuttavia le passioni umane, e l'immaginazione che le alimenta, trasportano talvolta l'uomo fuori della verità, e lo spingono ad attentare contro alla propria esistenza. Fra' diversi mezzi a quali è in sua balia di ricorrere, potrebbe egli scegliere la mano del giudice, come strumento della morte che desidera. Questo è quell'avvenimento possibile, la cui probabilità la legge valuta nelle cautele, che prende nei giudizi de' rei confessi. Certamente paragonata la verisimiglianza delle cagioni per le quali può un uomo rinunziare ad un interesse civile, a quella colla quale potrebbe volontariamente abdicare l'esistenza, cotesti due *possibili* hanno tanta distanza tra loro, quanta è la differenza dell'importanza che attachiamo alla proprietà civile o alla vita. In conclusione i principi di sopra esposti circa la veracità delle confessioni ne' giudizi civili son comuni alle confessioni de' delitti, ma l'argomento della loro verisimiglianza, tratto dall'interesse cui i rei contraddicono, eresco in proporzione della distanza che passa tra gl'interessi della proprietà e quelli della vita.

Ora se il possibile remoto di un uomo il quale voglia attentare contro alla propria vita si verificasse, quali maggiori conseguenze non porterebbe seco, e quanto maggiore non sarebbe l'errore di chi credesse alla confessione di lui? Le conseguenze certamente sarebbero in questo caso tanto più gravi, quanto è maggiore

la distanza testè notata tra la fortuna e la vita. L'importanza delle conseguenze non influisce nella maggiore o minor probabilità dell'avvenimento; suggerisce bensì una regola di cautela, pe' essi in cui potrebbero quelli verificarsi. Il diritto romano ha preveduto alcuno di tali casi, ed ha dettato qualche regola generale per ischivarli.

Le cennate leggi antivedero un solo motivo possibile, per lo quale l'innocente può denunziarsi come reo, e il ricavarono dalla esperienza d'un fatto di cui padrono i romani giureconsulti. Quest'è il timore: il fatto esemplificato nella causa del servo, che per timore di tornare al suo padrone, si fece reo d'un delitto che non avea commesso (2). Sebbene il timore venga da una causa estrinseca, e la confessione del delitto per tal mezzo provocata, rigorosamente parlando, appartenga più alla confessione estorta che alla spontanea; pur tuttavia perchè il timore in questo caso dipendeva da una cagione straniera al giudizio, però sarà da noi esaminata tra i motivi morali che possono indurre un uomo a cercare dalle mani del giudice una morte men dura di quella, di cui potrebbe forse per altra parte temere.

Dall'esposto caso in fuori, la legge raccomanda alla religione e al criterio del giudice, il non prestare sempre una cieca fede alle confessioni, essendochè v'ha de' casi ne' quali i rei mentiscono a proprio danno (3). Ma non è dalle regole scritte del diritto, che debba attignersi la scienza della probabilità: quel che la legge ha ommesso in fatto di prove, de' il giudice cercarlo nella ragione e nella esperienza (4).

(1) *Nam et magis consulendum est iis, quibus majus periculum intenditur.* L. 1 §. Sed etsi quis D. Ad L. Aquil.

(2) *Prudenter et egregia ratione humanitatis, Saza carissime, Primitivum Servum, qui homicidium in se confingere metu ad dominum revertenti suspectus esset, perseverante falsa demonstratione damnasti; quaesivimus de consciis, quos aequè habere se commentus fuerat, ut ad certiores ipsius de se confessionem pervenire. Nec frustra fuit tam prudens consilium; cum in tormentis constiterit, neque illos conscios fuisse, et ipse de se*

temere commentum. Potes itaque decreti gratiam facere, et cum per officium distrahi jubere, conditione addita, ne unquam in potestatem domini revertatur, quum pretio accepto, certum habemus, libenter tali servo cariturum. L. 1 §. ult. D. de Quæst.

(3) *Si quis ultro de maleficio fateatur, non tamen ei fides habenda est. Nonnumquam enim aut metu, aut qua alia de causa, in se confitentur.* L. 1 §. 27 D. de Quæst.

(4) *Quod legibus omisum est, non ommittitur religione judicantium.* L. 5 D. de Test.

CAPITOLO VIII.

ESEMPLI DELLE FALSE CONFESSIONI.

La storia, più che i libri del diritto, ha tramandato le cause celebri, nelle quali l'innocenza è stata la vittima della precipitanza de' giudizj. Cotesti casi formano una lezione d'esperienza utile non solamente a prevenire i nuovi esempi, ma ancora a bene indirizzare il giudizio, sul quale è fondata la morale convinzione del giudice. Acciocchè dal numero e dalla frequenza de' cennati casi possa argomentarsi alla probabilità loro, gioverebbe raccogliere nella storia la serie di tutte le false confessioni spontanee. La raccolta di esse servirebbe meno a determinare le cagioni morali, le quali sovente si nascondono nella contraddizione delle azioni umane, che a decidere del merito delle cautele escogitate dalle diverse forme de' giudizj, per garantire l'innocenza. Ma insino a che un tal elenco storico non apparisca raccomandato dalla diligenza e dall'erudizione di scrittori di maggior nome, possiamo riguardare come il più compiuto quello che contiene i fatti, che sogliono ne' libri della materia citarsi, come esempi dell'incertezza delle confessioni.

1.° Se l'esempio contenuto in una delle declamazioni di Calpurnio Flacco, potesse prendersi come un fatto storico, una donna madre di quattro figliuoli avendone perduto tre insieme col marito, corse pel dolore a denunziarsi al giudice come rea d'un sacrilegio ch'era intervenuto nella città. Fu prestata fede alla confessione di lei, il perchè fu condannata alla morte, dalla quale salvolla l'ultimo figliuolo superstite, che appellò per essa del falso giudizio (1). Quando cotesto caso fosse meramente ipotetico non entrebbe tra l'eccezioni che ha proposto l'esperienza, e delle quali il numero è quello che determina la probabilità. Ma perchè il dubbio da altri promosso intorno alla verità

del fatto non s'interpreti come un pretesto per non rispondere alla forza dell'esempio, lo numero in primo luogo tra quelli pe' quali de' esaminarsi, se le cautele ricevute dalla forma de' giudizj sieno sufficienti a prevenirgli.

2.° Luciano nel dialogo dell'amicizia (2) riferisce l'esempio di due giovani greci, de' quali uno denunziò al giudice come complice d'un sacrilegio, per dividere le pene della prigione col suo compagno che n'era falsamente creduto reo. Demetrio ed Antifilo ateniesi, coetanei allevati insieme, e congiunti tra loro fin dalla infanzia col vincolo d'una tenera amicizia, viaggiavano per l'Egitto. Antifilo si divisò da Demetrio, che s'indusse a visitare le piramidi e la statua di Memnone, nel quale intervallo Siro servo d'Antifilo rubbò, insieme con altri, i vasi d'oro del tempio di Anubi, il caduceo e la statua dello stesso Anubi. Essendo Siro il depositario del furto, le cose involate furono trovate nella casa d'Antifilo; che però fu creduto complice del sacrilegio. Menato in prigione, e trattato come uno de' più vili delinquenti, la durezza del carcere e i cattivi trattamenti ricevuti, furon cagione che egli s'infermasse, e che il facessero risolvere a finire la vita astenendosi da ogni alimento. Sopraggiunto Demetrio, che niente di tale sospettava, ed avendo a stenti riconosciuto il suo amico gli apprestò tutte le consolazioni che l'amicizia poteva fornire; gli strappò i cenci, di cui era ricoperto, divise con lui il proprio mantello, e cercò di addolcire il rigore della custodia, parte colle lagrime e parte colla liberalità. Per averne i mezzi, Demetrio adoperavasi al trasporto delle merci dei negozianti, e del prezzo una parte spendeva in ricompensa a' custodi, ed un'altra faceva servire alle necessità dell'amico.

(1) *Quae quatuor habebat liberos, amissis tribus et marito, detracta est a filio cum laqueo induisset. Sacrilegium in civitate commissum est. Adit ipsa Magistratum et dicit a se factum. Fuit de*

illa supplicium sumere. Adpellat pro ea filius tribunus de injusto supplicio. Calpurnio Flacco nella declamazione 41.

(2) Luciano nel Dialogo *Toxaris*, o dell'amicizia. Mnesippo.

Narra Luciano che dopo di avere così impiegato il giorno, mettevasi la notte a giacere sopra un letto di foglie presso alle porte della prigione. Ma un accidente avendo renduto più rigida la custodia delle carceri, ed essendogli negato di prestare i medesimi soccorsi al suo amico, Demetrio andò a denunziarsi al giudice, come complice dello stesso sacrilegio. Fu aggiustata fede alla confessione di lui, il perchè fu menato nella stessa prigione presso ad Antifilo. In tale stato, una combriccola di altri ivi pure imprigionati, ruppe la custodia, e asperse a tutti l'adito alla libertà. Demetrio ed Antifilo rimasero fedeli alla loro prigionia ed impedirono che fuggisse Siro, vero reo del furto sacro. Per tal fatto fu offerta loro la libertà in premio di non aver presa la fuga, ma essi ricusarono il premio, disgiunto dalla dichiarazione della loro innocenza. Così il giudice messo sul cammino del vero e conosciuto il nodo da cui era stato avvilito, non solamente gli assolvette, ma pagò ad entrambi un tributo di ammirazione, avendo donato a Demetrio ventimila dracme, e ad Antifilo diecimila. Demetrio fece accettare ad Antifilo anche le sue ventimila, dopo il qual dono volendo proseguire il viaggio per le Indie, e non essendo più necessario al suo amico tolse da lui commiato. Costo nobil esempio d'amicizia non appartiene agli errori de' giudizi, ma sì bene alle cagioni morali delle false confessioni. Tanto è lontano che possa da quello trarsi un argomento dell'incertezza de' giudizi, quanto può essere piuttosto allegato per dimostrare che le forme dei giudizi non sono atte a nascondere una finta reità.

3.^o Un esempio di virtù e di generosità simile al precedente trovasi nella storia moderna, e presso un popolo che noi chiamiamo barbaro. Il Padre Charlevoix nella storia e nella descrizione del Giappone, riferisce, che una donna rimasa vedova con tre figliuoli viveva del frutto del loro lavoro. Conoscendo essi che un tal frutto non era bastevole a' bisogni della madre, cercarono in una strana risoluzione il mezzo di provvedere al miglior agio di lei. Un bando del giudice aveva pro-

messo un premio importante a chi avesse dato nelle mani della giustizia un ladro; ora i tre fratelli convennero che uno di essi, quale la sorte indicherebbe, sarebbe passato per ladro, e gli altri due avrebbero raccolto il premio, per sollevare la loro comune madre; e poichè la sorte cadde sul più giovine, fu costui consegnato dagli altri due al giudice, e denunziato col racconto tra loro intessuto. Il finto reo sostenne colla sua confessione il reato imputatogli, ed il premio fu pagato a' suoi fratelli. Ma costoro traditi dalla tenerezza o dal rimorso, entrati nella prigione, abbandonaronsi presso al prigioniero a tutti i trasporti del pentimento e del dolore. Tali contraddittori parlamenti mossero il giudice ad interrogar nuovamente il preteso reo, dal che nacque lo scoprimento del loro accordo. Quindi riconosciuta l'innocenza, non solamente fu egli messo in libertà, ma colmato di pubbliche lodi fu retribuito d' un' annua rendita di seudi 1300, siccome altri 500 furon donati a ciascuno de' fratelli di lui (1). Da cotesto esempio, del pari che dal precedente non può trarsi argomento per l'incertezza dei giudizi, dappoichè le cagioni morali delle false confessioni, e le stesse false confessioni non seguite dall'effetto, non debbono confondersi co' casi, ne' quali sia taluno riuscito a sorprendere la critica del giudice. Que' casi ne' quali l'artifizio del suicida ha potuto trionfare del provvedimento delle leggi e delle cautele stabilite colle forme de' giudizi, costituiscono la probabilità dell'errore, ed è di tali avvenimenti, che la frequenza ed il numero debbono esser valutati.

4.^o Nello decisioni del diritto francese, vien riferito che nel 1534, dopo taluni risentimenti domestici tra un marito ed una moglie, di cui i vicini erano stati testimoni, la donna allontanossi dalla casa coniugale, ed il marito fu sospettato di averla uccisa e di averne indi bruciato il corpo nel forno. Sopra tali sospetti imprigionato, negò da prima il delitto ed era per soggiacere alla tortura; ma per sottrarsi a tormenti confessò egli di aver ucciso la moglie, ed averne bruciato il cadavero; il perchè fu condannato a morire. Pure es-

(1) La Harpe: *Abrégé de l'histoire générale des voyages*. Tome IX. Japon.

sendo obbligato a valersi dell'appellazione, cui voleva rinunziare, innanzi al secondo giudice presentossi la moglie, che erasi creduta morta (1). Tralasciando le osservazioni che potrebbero farsi intorno al procedimento del primo giudice, è notabile che questa confessione, la quale si produce tra gli esempi delle confessioni libere, non è tale; perciocchè ad estorcere la confessione è tanto efficace in alcuni la minaccia e l'apparecchio del tormento, quanto in altri il tormento stesso:

*Hercus si minatus est mahum servo suo
Tameisi id futurum non erat, ubi captum
et flagrum*

*Dum tunicas ponet, quanta officitur mi-
seria* (2).

Ciò è ugualmente vero nel senso della legge, che riguarda come estorte non solo le confessioni strappate coll'apparecchio de' tormenti, ma anche quelle provocate da qualsivoglia specie di minacce capaci d'intimidire un uomo di ordinaria costanza (3). Il cennato esempio dunque non appartiene a quella specie di possibili morali di cui deesi qua valutare la probabilità.

6.° Anneo Roberto ne' libri delle cose giudicate, riferisce che essendo mancata una donna vedova nella sua patria, surse la voce che fosse stata uccisa da' ladri. Alquanto giorni dopo fu ritrovato un uomo erratico nel vicino bosco, e attesa l'incertezza che parve trasparisse dal volto suo, fu creduto l'autore del delitto. Condotta innanzi al giudice fecesi reo del fatto con una confessione spontanea, per effetto della quale fu condannato a morire. Due anni dopo la donna ricomparve, e scopri tardi l'innocenza del suo preteso omicida (4). Sebbene nella narrazione di questo fatto manchino molte circostanze, per potersi far giudizio della natura della confessione, o de' mezzi adoperati per ottenerla, ciò non ostante perchè anche in questo caso non sembri che si voglia rimuovere l'autorità

dell'esempio negandolo, noto questo, come il secondo avvenimento della probabilità delle confessioni, per valutarlo insieme colle cautele ricevute posteriormente nell'ordine de' giudizi.

6.° Giovanni Reichen nella raccolta degli scrittori contra le incantazioni, riferisce che un giovinetto di 16 anni non inquisito fin allora di alcun delitto, menato in giudizio nel 1673 per effetto delle sue millanterie, confessò spontaneamente di avere una società con un gonio malo, mediante la quale erasi cangiato in mille forme, aveva involato fanciulli, spogliato molto case, ucciso molte persone, ed indi trasformato in uccello erasi rifuggito nell'orecchio del padrone, che si era convertito in asino. Una confessione come questa, che offendeva la serietà de' giudici, che insultava il senso della ragione, fu non ostante soggettata ad una verificazione. Il Senato di Hall mandò a verificare le geste di questo proteo, ed avendolo trovate false, lo condannò alla frusta ed a' pubblici lavori. In questo fatto, che si suole allegare tra gli esempi delle false confessioni per cagione di millanteria, invece della probabilità dello confessioni, sono piuttosto notabili la credulità de' giudici, l'atrocità della pena irrogata pel solo delitto di dorisione, di cui era colpevole il giovinetto, o la poca critica di coloro che ne fanno l'applicazione alle confessioni de' rei (5).

7.° Ulrico Huber nelle osservazioni delle cose forensi pubblicate da Zaecaria Huber suo figliuolo, riferisce che presso Ducum nella Frisia essendo morta improvvisamente una donna, surse la voce che fosse stata avvelenata dal marito. Menato costui in giudizio, confessò il delitto, e n'espose anche le circostanze. Ma siccome nel cadavere non fu trovato vestigio di veleno, o furono scoperte false le circostanze contenute nella confessione, così il marito fu suo malgrado convinto della propria innocenza, ed assoluto (6). Cotesto esem-

(1) Charondas risposta 1 Tomo I.

(2) Plautus in *Persa*.

(3) L. 1 D. de *Quaest. §. impuberis*.

L. 15 §. *Quaestionem D. de injuriis*.

Bartolus in L. 1 §. *Dixit Severus*.

Grammaticus consil. XV.

(4) *Rerum judicatorum* lib. 1 cap. 4.

(5) Reichen in *fasciculo Scriptorum inquisit. contra sagas*.

(6) *Observat. rerum judicatorum*. Cent. I. Obs. C.

pio appartiene a' pericoli, piucchè agli errori della giustizia. L'innocenza fu salvata, per la *ispezione del corpo del delitto*, che è la cautele, di cui vogliam qui appresso parlare.

8.° Einnecio nella erudita dissertazione delle confessioni de' rei, riferisce che un famigliare di Halle uccise un fanciullo, ed indi andò a denunziarsi al giudice, dicendo di aver commesso il delitto per tedio della vita (1). Un tal fatto va noverato non tra le confessioni, ma tra i delitti commessi per tedio della vita; nel qual caso la giustizia soddisfa il desiderio del delinquente, senza errare circa la verità della confessione.

9.° Molti altri casi di confessioni false sono citati dagli scrittori del diritto e del foro, ma costoro confondono sempre le confessioni spontanee colle estorte, le quali non provano la fragilità delle confessioni in generale, ma sì bene l'atrocità del mezzo che le procura. Così Antonio Mathei (2) fa menzione del fatto narrato da Valerio Massimo del servo di M. Agrio che confessò di aver ucciso il servo di Gaius Faunio, senza avvertire che una tal confessione fu estorta ne' tormenti (3). Così

pure il Reggente de Rosa riferisce che nel 1650, una donna essendosi fatta rapire dalla casa paterna, surse la fama che alcuni marinari del borgo di Chiaia l'avessero uccisa e gettata in mare. La voce fu vestita di tali argomenti verisimili, che furono imprigionati alcuni de' rei additati dalla pubblica fama, de' quali tre, dice l'autore, riconobbero il delitto, e furono condannati a morire. Un anno dopo la donna e l'amante furono trovati in Roma (4). Ma de Rosa, avendo preso quest'esempio da Maradei (5) e da Cafaro (6), ha taciuto nella narrazione che i tre marinari di Chiaia confessarono il delitto sotto la tortura. Ciò prova quanto gli esempi storici perdono di verità, passando da una mano all'altra, e quanta critica sia necessaria per ammetterli a far parte di quel che chiamasi esperienza (7). Raccontando in somma gli esempi, che presenta tutta l'esperienza de' tempi antichi e moderni, due casi soli di false confessioni, messi da banda i dubbi intorno alla loro verità storica, vengono a combattere la certezza di questa specie di pruova, e formano quella probabilità di fatto, dalla quale i giudizj debbono garentirsi.

CAPITOLO IX.

CAGIONI DELLE FALSE CONFESIONI, SECONDO L'OPINIONE DEL FORO.

Per giudicare utilmente dell'esperienza, è necessario riportare gli esempi de' suicidi giudiziari alle cagioni morali, che possono indurre un uomo a denunziarsi come reo; nel che entra puro la disamina, se sieno bastevoli le cautele che la legge pren-

de, per preservare da errori cotanto funesti la giustizia. L'erudizione più che la critica ha regolato il catalogo, che molti dotti giureconsulti han tessuto delle cagioni, le quali possono suggerire una falsa confessione. E siccome nel foro l'autorità

(1) *De religione judicantium in confession. reorum* §. 32.

(2) Ad lib. 48 Dig. tit. 6 de quaest.

(3) Valer. Maxim. Lib. 8. De Judic. public. insign. cap. 6.

(4) *Criminal. decretor. praxis*. Lib. 1 cap. 1 num. 21.

(5) *Tractatus criminalis analit.* c. 1.

(6) *Quaest.* 17 num. 46, 47.

(7) Nota.

Ci ha nel foro eriminale di Napoli tre esempi recenti di confessioni false, presentate come spontanee nel processo, e smentite nel corso stesso del giudizio dalle confessioni de' veri rei. Ma in tutti tre questi casi, le confessioni furono ottenute con minacce indiscrete, e co' tormenti del carcere, perchè indizi gravi, sembrava che accusassero i primi incolpati. Siccome questi errori non produssero alcuna conseguenza, e i modi adopati ad ottenere le prime false confessioni tolgono loro il carattere della spontaneità, così non gli produco, e ne fo solamente menzione, perchè non si fondi un equivoco anche su questi esempi.

dello opinioni prevale sovente alla ragione, così è necessario soggettare a rigida ed esatta discussione ciascuna delle cennate cagioni onde ben si misuri la probabilità loro.

1.° L'atrabile, dicesi, può spingere l'uomo a farsi reo innanzi al giudice, e l'esempio n'è tratto da Eliodoro, il quale fa concepire a Cariclea il disegno di denunziarsi, come colpevole di aver somministrato il veleno a Teagene per non sopravvivergli (1). Nelle azioni umane, che non hanno altra cagione sufficiente fuori della volontà degli autori loro, è necessario non confondere la possibilità colla probabilità. La prima è inerente alla natura dell'azione stessa, la seconda è fondata ne' motivi più o meno propri a determinare la volontà. Le azioni più assurde, o più contrarie all'interesse della natura umana, vedute le eccezioni della natura medesima, son possibili, ma non però probabili; imperciocchè il grado della probabilità può essere solamente tratto dall'esperienza, o sia dall'esempio di azioni simili, e dalla maggiore o minore facilità, con cui si commettono. Ciò posto, dall'autorità d' Eliodoro non può cavarsi altra conseguenza, se non che questa cagione sia possibile, essendochè il trasporto di quei due amanti è una parte dell'immaginazione dell'autore di quel romanzo. Inoltre, se anco le vicende di quei due personaggi nascessero da un fatto storico, il definire per atrabile il dolore della perdita d'una persona amata, è lo stesso che confondere insieme due sentimenti diversi. Adunque l'autorità di Eliodoro non dà l'esempio dell'atrabile, nè ci fa giudicare de' caratteri della cennata passione, per poterla distinguere dalle altre cagioni omicide, da cui gli uomini sono talvolta mossi ad attentar contra la propria esistenza.

2.° Il tedio della vita è noverato fra i motivi delle false confessioni (2). Cotesta

cagione è allegata come la più ovvia dagli scrittori, che han voluto dimostrare la fragilità delle confessioni; ma per valutare il giusto suo peso, è necessario definirne i caratteri. Il tedio della vita, o si propone come un sentimento che operi per la sua sola forza, o come la conseguenza di un'altra passione: nel primo caso è una passione speciale di suo proprio genere: nel secondo è l'effetto di altre cause, delle quali gioverà fare partitamente l'analisi.

3.° L'impazienza de' tormenti e del dolore, è tra le cagioni delle false confessioni la più vera, e di cui l'innocenza ha a' tempi passati, fornito a sue spese maggiori esempi (3). Ma da una parte non può nel mio argomento entrar l'apologia della tortura, e dall'altra cotesta crudele istituzione appartiene già alla storia della giurisprudenza antica.

4.° Il mendacio è posto anche nel numero de' motivi delle false confessioni (4). Ma il mendacio è piuttosto l'effetto delle altre cagioni, che possono indurro un uomo a mentire contra se medesimo; il perchè non può essere noverato fra le cause dello false confessioni.

5.° La lubricità della lingua, dicesi, è una cagione che spinge spesso il reo a confessare il falso (5). Volendo meglio definire un tal principio, può essere spiegato per quella contraddizione, o leggerezza, che mena spesso gli uomini a tradire i propri segreti, o a mentire a proprio danno. La possibilità di questa cagione non è senza esempio, ma la probabilità sua de' esser tra certi limiti ristretta. La leggerezza può scontrarsi ne' piccioli interessi, perciocchè può essere l'effetto dell'imprudenza, o della disaccortezza. Ma dove mai troverebbesi l'esempio di un uomo, il quale amando la vita, volesse poi per semplice levità perderla? Sarebbe lo stesso che presuppor la contraddizione negl'istinti della stessa natura, la quale è sempre a se coerente. Inoltre è da osser-

(1) Einnecio dissertazione citata.

Eliodoro lib. 8 cap. 19.

(2) Matthaei ad lib. 48 tit. de Quaest. Heinnecc. dissert. cit. §§. 2 e 3.

(3) L. 1 §. 25 D. de Quaest.

Q. Curzio lib. 6 cap. 11.

Valerio Massimo lib. 8 cap. 4.

Justus Oldekopius in adpend. observ. crimin.

Paris de Puteo de Syndic. Verbis Confessio, tortura.

(4) Heinnecc. cit. Dissert.

(5) Lo stesso ibid.

vare, che dopo l'aver prodotto tutte le cagioni vere, verisimili e possibili delle false confessioni, il soggiungerne un'altra, la quale non contiene una ragione sufficiente del suo effetto, è a buon conto un ripetere sotto un motivo generale tutti i motivi particolari precedentemente supposti.

6.° Il timore entra nel catalogo delle cagioni delle false confessioni, perchè fondato sull'esempio della legge. Sebbene la probabilità di questa causa riceva piccola forza dall'esempio testè detto, perchè relativo alle circostanze particolari di quel servo, che la crudeltà del padrone minacciava d'una morte più dura; purtuttavolta potrebbe lo stesso caso presentarsi sotto altra specie di fatto, e però può essere scritto nel numero di quelli, de' quali de' il giudice guardarsi.

7.° Il furore e l'ebrietà sono due cagioni, che Quintiliano, o per meglio dire l'autore delle declamazioni, fa spesso influire nelle false confessioni de' rei (1). Concedendo nonpertanto a queste due cagioni, la possibilità e la probabilità insieme, sì l'una che l'altra non formano già

un'eccezione alla certezza della confessione, ma viziano la volontà di chi confessa il delitto; non altrimenti che se si negasse fede al detto di due, o di più testimoni ebbri e furiosi, non verrebbe perciò a scemrarsi quella, ch'è dovuta ad un egual numero di testimoni probi ed interi.

8.° La millanteria è l'altra cagione che rende sospette, secondo molti, le confessioni spontanee. Cotesta cagione può ammettersi come possibile e come verisimile, meno nelle confessioni fatte in giudizio che nelle stragindiziali, e propriamente in quelle specie di fatti che possono lusingare l'amor proprio e la vanità de' rei. Così, nel caso citato da Antonio Mattei di quel chierico che vantossi di aver trionfato dell'onor matronale di una donna (2). Ma il farne una cagione generale possibile in tutti i casi, il citare in conferma le confessioni pompose del millantatore di Plauto, trasportandole all'atto serio d'un giudizio capitale, il quale anzichè fomentare l'incontinenza della lingua, chiude al reo nelle fauci la parola; sarebbe un mancar di critica tanto, quanta è la distanza dal ridicolo al tetro, e dal vero al falso (3).

CAPITOLO X.

CAGIONI GENERALI DELLE MORTE VOLONTARIE.

L'argomento principale della probabilità delle false confessioni, è fondato sulla frequenza de' casi, ne' quali l'uomo attenta contra la propria esistenza; e questa frequenza si esagera, ora moltiplicando le cagioni morali delle morti volontarie, ora accrescendo il numero degli esempi, ora producendoli fuori de' casi loro. A giudi-

carne dagli scritti di molti, la frequenza de' suicidi bilancerebbe l'istinto comune della vita, e la natura si troverebbe per essi spogliata dell'amore della propria conservazione, ch'è la legge cardinale della sua economia. Per togliere dunque tanto scetticismo, è necessario definire il giusto grado di probabilità di simili avvenimenti,

(1) Declamazione 314.

(2) Ant. Matthaei Ad tit. XVI de Quaest. Mnoch. de arbit. judic. quaest. casu 331.

(3) Aristotrogus.

Memini, centum in Cilicia. Et quinquaginta centum sycolatronidae: Triginta Sardi, sexaginta Macedones Sunt homines, tu quos occidisti uno die. Pyrgopolinices. Quanta i: thaec hominum summa est? Aristotrogus.

Septem millia

Pyrgopolinices.

Tantum esse potest, recte rationem tenes.

Simili a quest'autorità sono i luoghi di Petronio, che descrive l'impudenza di Eucolpo, e di Aristofano, il quale introduce i due millantatori che gareggiano in racconti di fatti turpi, e de' quali ciascuno giura, che non si farà vincere dall'altro. Vedi Petronio Arbitro nella Satira p. 135. Aristofane nella Commedia de' Cavalieri verso 411.

onde non si abusi del numero degli esempi, nè delle cagioni della frequenza loro.

La natura ha dotato gli esseri sensibili d'un istinto, che gli mena a conservare con tutti i mezzi l'esistenza; e l'uomo sopra ogni altro è regolato dalla forza di quest'istinto, il quale non è vinto dalla miseria, non dalla vecchiezza, nè da tutti gli altri mali che circondano la vita. Due grandi organi dell'amor della vita, l'abito e la speranza, o diminuiscono il peso di questi mali, o ci fanno facilmente illudere sulla intensità e sulla durata loro. Simili al vecchio di Luciano, che nonagenario, povero, orbo di figliuoli, cieco dolevasi di aver perduta la vita (1); tutti la desideriamo e l'amiamo in qualsivoglia misero stato: la sentenza d'Euripide sembra scritta nel fondo del cuore di ciascun uomo: *è dolce il guardare i raggi del sole, e tu non mi spingere a vedere quel che sotterra giace* (2). Cotesta voce imperiosa della natura, è così comune agli uomini più vili ed agli eroi, che Omero non credette degradare Achillo, facendogli dire che il lavorar la terra, e l'essere mercenario presso qualche povero lavoratore fosse preferibile al regnare sopra tutti i mali (3).

Ma la speranza dimostra come possibile l'odio di se medesimo e della vita! Quali sono le cagioni di quest'avvenimento tanto contrario al senso della natura, e qual è il grado della sua probabilità? Sono queste le due quistioni, intorno alle quali si è scritto spesso, o con poca conoscenza del cuore umano, o con poca analisi dei principi, da quali ne dipende la soluzione.

La felicità è il voto di tutti gli uomini, e l'istinto della vita è un mezzo che la natura ci ha dato per conseguirla. Per quanto sieno potenti i vincoli dell'abito e le seduzioni della speranza, può la nostra felicità, o quella che apprendiamo per tale, entrare in collisione coll'amore dell'esisten-

za. L'attaccamento agli oggetti, ne quali riponiamo la felicità, e l'immaginazione con cui ne dipingiamo a noi stessi la convenienza, possono mettergli al disopra della vita, e possono farci riguardare questa, come un ostacolo a conseguire il bene, a cui corriamo dietro. Le cagioni dunque di tali avvenimenti, possono dipendere, o dalla qualità degli oggetti, o dalla differente forza dell'immaginazione, e da diversi gradi d'influenza che questa esercita sul temperamento di ciascun uomo. Quindi le cagioni morali de' suicidi hanno due diversi principi; uno è l'opinione della felicità, l'altro è un male morale o fisico, che faccia preponderare in noi la forza della immaginazione. L'opinione della felicità può cadere e sul desiderio d'acquistare un bene che ci manchi, e sul timore di scentrare un più gran male. L'una o l'altra opinione può determinare la volontà, o per oggetti che sono fuori di noi, o per cose che sono in noi stessi: gli esempi ne sono i seguenti.

La gloria e l'onore, intesi nel più ampio loro significato, sono le più potenti passioni, per le quali si cerca scontrare animosamente la morte. Nulla è più glorioso per gli uomini d'animo liberale, che il difendere la patria, il sacrificare la vita a cotesto nobile oggetto, il vivere nella memoria o nel cuore de' cittadini, il trasmetterlo alla più remota posterità il nome e la fama della propria virtù. Cotesta passione determinò alla morte Codro, Curzio, i Deci e tanti altri. Le patrie loro cogli onori straordinari renduti alla memoria di ciascun di essi, ne incoraggiarono i nuovi esempi; difatti gli ateniesi non permisero che alcuno de' successori sedesse sul trono di Codro supponendo che quel seggio fosse riservato a Giove (4).

L'amore della libertà, è una passione potente come la gloria per farci trionfar della vita. Catone e Bruto ne sono i più

(1) Luciano nel Dialogo 27 de' Morti verso il fine.

(2) Euripide nell'Ifigenia in Aulide versi 1218 e 1230.

(3) Βούλομαι κ' ἐπαυροῦ εἶναι θητικῶν ἀλλ' ὦ

Ἄδρι παρ' αὐτῶν, ὡ μὴ βίος πολὺς ἐστὶ

Ἦτασι νεκροῖσι καταθήμευσιν ἀναστῆναι.

*Mallet rusticus mercede servire alii
Viro inopi, cui haud victus multus esset
Quam omnibus manibus, vita defunctis
imperare.*

Odysseae lib. XI. vers. 488, et seq.

(4) Plutarco nella vita di Paolo Emilio.

nobili esempi. Un tal sentimento può presentarsi all'animo sotto tanti diversi nomi, quante sono le applicazioni, che l'opinione degli uomini può farne a' diversi stati della vita e alle passioni, dalle quali è dominata. Un principe o altro uomo potente può credere violata la propria libertà ed indipendenza, se veggasi umiliato dalla fortuna, se sia obbligato di riconoscere la sua salvezza dall'inimico, o se debba discendere dal sublime grado in cui trovasi costituito: *ubi non sis qui fueras, moriendum*.

La morte di Cassio, di Mitridate, di Marcantonio, di Cleopatra, di Scipione Metello, di Ottone, sono gli esempi di queste diverse specie di opinioni. Paolo Emilio rispondendo a Perseo, che chiedeva d'essere trattato secondo la sua dignità gli dice: *ciò è stato finora ed è tutavia in tuo potere* (1). Ed Euripide con una sentenza più generale: *chi può dirsi sereno, quando abbia il coraggio di rompere colla morte le proprie catene* (2).

L'onore, preso come l'opinione della propria dignità, è un sentimento che può venire in collisione colla vita, a cui può alcuno rinunciare, o per salvare questo bene morale, o per non sopravvivere all'ignominia d'averlo perduto. La morte di Lucrezia, e di tutte le illustri matrone che sacrificarono la vita alla pudicizia, appartengono a questa classe. Ma l'onore, o sia l'opinione cade sulle virtù naturali e sulle convenzionali e relative, sulle vere come sulle false. Quindi anche l'onore nascente dalle leggi relative allo stato degli uomini,

ni, gli trae alcuna volta al sacrificio della vita. Il questore di Cesare, cui Scipione volle donar la vita dopo di aver messo a morte i suoi compagni, fieramente rispose, *che i soldati di Cesare la davano e non la ricevevano*, e ciò dicendo s'uccise (3). Il centurione, che recò a Vitellio nuove sinistre dell'esercito, rimproverato di pusillanimità, per ismentirla si uccise al cospetto del suo principe.

La stessa forza hanno presso le barbare nazioni la falsa opinione e le false massime d'onore. I giapponesi credonsi infami, se non si uccidono in presenza degli avversari pe' più leggieri accidenti, i quali possono fare ombra all'onore loro (4). Le vedove de' bramini gareggiavano, secondo la testimonianza di Cicerone, per essere scelte al rogo insieme co' cadaveri de' loro mariti (5). Gli uomini dell'isola di Coos e quelli dell'antica Marsiglia credevano di quell'ombra fortemente, solo quando uscissero volontariamente dalla vita; se pure l'amore per lo maraviglioso, che spesso presiede alle narrazioni de' viaggiatori, e che traluce ancora in molti degli storici antichi, non renda sospetta la fede di molti de' citati esempi (6).

La vanità è una specie delle false opinioni di onore, ed è la dote di quegli spiriti leggieri, che essendo incapaci della virtù e della vera gloria, si studiano d'imitarla e di contraffarne gli esempi, per raccogliere il solo frutto della celebrità. Peregrino stimando d'uguagliarsi ad Ercole e di emularne la gloria, promise di bruciarsi ne' giuochi olimpici. Deluso di

(1) Vedi lo Scolaste d'Aristofane nelle nubi v. 2.

(2) Vedi Plutarco nel libro *de audientia Poetis*.

(3) Plutarco nella vita di Cesare.

(4) La Harpe *Abrégé des voyages* Tome IX Japon.

(5) *Mulieris vero in India, cum est eijusvis earum vir mortuus, in certamen iudiciumque veniunt, quam plurimum ille dilexerit? plures enim singulis solent esse nuptae. Quae est victrix, ea laeta prosequentibus suis una cum viro in rogam imponitur: illa victa maesta discedit.* Quaest. Tusc. lib. 4 cap. 27.

(6) Valerio Massimo lib. 5. cap. 6 de

externis institutis num. 7, 8. Plinio dà come favoloso tutto ciò che narravasi degli Iperborei. Tra le cose maravigliose dette di costoro, v'è il genere di morte, a cui ricorrevano: *Mors non nisi satietate vitae epulatis delibutoque senio luxu, ex quadam rupe in mare salientibus. Hoc genus sepulturae beatissimum.*

Hist. Nat. lib. 4 cap. 26.

Silio Italico dice de' Celti:

Prodiga gens animae, et properare facillima mortem

Namque ubi transcendit florescentes viribus annos

Impatiens aevi spernit notisse senectam Et fati modus in dextra est.

non aver trovato alcuno, che il frastornasse dal suo proposito, volle compiere lo spettacolo, ma acquistossi la celebrità del ridicolo, invece della gloria (1). Il giovane Statilio testimonio della determinazione di Catone, promise d'imitarlo. Questi avendo inutilmente cercato di dissuaderlo, si rivolse a' filosofi Apollonio e Demetrio, loro dicendo: *tocca a voi di ammollire la tumidità di questo giovane, e di condurlo a ciò che gli è utile*. Poco dopo, avendo domandato se Statilio avesse abbandonato la fiera d'animo, di cui voleva far pompa, ed essendogli stato risposto ch'era più fermo che mai, replicò sorridendo: *questo si vedrà tra poche ore*. Catone non s'ingannò, ed in questo caso la vanità non fu bastevole a trionfar della vita, perciocchè Statilio non osò di compiere ad un tal prezzo la celebrità. Del rimanente non mancano esempi, i quali dimostrano che la vanità, lo spirito del tempo e della moda, l'imitazione sola d'un fatto illustre, possono essere cagione del suicidio. Gli uomini s'illudono nel cercare la gloria, e l'immaginazione esaltata contrae una malattia morale, che ha il suo corso e i suoi periodi, al pari delle fisiche, che come questa ha il suo contagio, e che infine s'arresta per la forza della natura. Molti suicidi seguirono nel campo d'Ottono, solo per imitazione dell'esempio da lui dato: *quidam militum juxta rogum interfecerunt se; non noxa, neque ob metum, sed aemulatione decoris, et caritate Principis; ac postea promiscue Bembriaci, Placentiae, aliisque in castris celebratum id genus mortis* (2).

La religione è una virtù, il cui sentimento trionfa anche alcuna volta della natura; ma l'opinione ch'esagera il male come il bene, la spinge, oltre i limiti del vero e del giusto, e comunica la sua forza ancora alla superstizione. Quanti esempi non presentano le false religioni di morti volontarie, nelle quali il coraggio e la costanza prendevano la loro forza dalla persuasione, che per esse acquisterebbersi l'im-

mortalità insieme coglionori riservati agli eroi?

L'amore è una cagione ovvia di esagerati sentimenti, ed è talvolta la sorgente del suicidio. Uno degli esempi illustri di questa passione, i più propri a dimostrare come la natura umana sia lacerata dalle affezioni morali, è quello del Califò *Yezid II*, il quale avendo perduto la sua donna, si astenne da ogni alimento, e lasciò morire presso al freddo corpo di lei (3). Ma niun esempio è forse comparabile all'avvenimento di Lione del 1770, che secondo il giudizio di Voltaire merita d'esser posto al di sopra di quanto la passione dell'amore abbia operato di più straordinario. Un giovane pieno di grazie e d'ingegno, era legato per amore ad una fanciulla, con cui i genitori gli negavano l'imeneo. Mentrechè ardeva per tal nodo, gli si ruppe per un accidente una vena, e il male fu giudicato insanabile. La giovine innamorata avendone avuto notizia gli chiese un abbraccio, portando seco due pistole intrecciate di nastri in guisa, che potessero ad un atto stesso darsi a vicenda la morte. Questa infelice e magnanima coppia, preso l'un dall'altra congedo, dieronsi colla morte l'ultimo abbracciamento.

L'amicizia, sentimento sublime che onora la specie umana, è stata la cagione di molti suicidi. Ella comprende ugualmente i vincoli preparati dalla natura, e quelli formati dalla scelta e dalla somiglianza morale degli uomini. Nulla è tanto ovvio, quanto il desiderio di non sopravvivere alla perdita dell'amico. Ne serve di esempio il bel dialogo fra Teti ed Achille; *subito dopo la morte d'Ettore*, le dice Teti, *presto verrà la tua*; al che egli risponde: *sia pure pronto il mio fato, se mi è tolto il giovare al morto amico* (4). Del resto più concludenti sono gli esempi storici, tra' quali quello di Q. Fulvio Flacco, che essendo stato informato della morte d'uno de' suoi figliuoli, e del morbo, onde l'altro era affetto, si diede col laccio la morte (5);

(1) Luciano. La morte di Peregrino. Gli Schiavi fuggitivi.

(2) Plutarco nella vita di Catone. Tacito libro 2 delle storie cap. 49.

(3) Vedi *le Tableau général de l'Em-*

*pire Ottoman Par M. de M**** D'Oh-*
sson T. 1. A Paris 1788 pag. 246.

(4) Iliade libro 18 verso 94, e segu.

(5) Livio lib. 42 cap. 28.

o l'altro di Calpurnia moglie d'Antio, la quale intesa la morte del marito trucidato nel Senato, perchè teneva le parti di Sila, si trapassò il seno col ferro (1).

L'opinione d'aver perduto la felicità può abbracciare falsi oggetti, siccome abbiamo dimostrato che gli abbraccia ancora il desiderio d'acquistarla, o però l'avarietà è una cagione del suicidio, non essendo rari i casi, ne quali gli uomini tolgono la vita, per non sopravvivere alla perdita della loro fortuna. In generale anche le passioni sordide possono esser cagioni di suicidi: senza voler cercare gli esempi di ciascuna possiam tutto comprendere nella cagione generale dell'opinione, sorgente inesaurita di mali e di errori per gli uomini.

Giova non pertanto osservare che le cagioni più frequenti di talo specie di suicidio riduconsi al dolor fisico, o al dolor morale. L'intolleranza de' mali fisici può rompere l'attaccamento alla vita, e può determinare gli uomini, i più deferenti all'istinto della esistenza, a finirgli colla morte. Similmente i mali morali superano alcune volte le forze della nostra sensibilità. Un uomo dotato di passioni forti e violento può dal più gran delitto passare al più gran rimorso, ed oppresso dalla coscienza può togliersi la vita per liberarsi da una testimonianza, che la coscienza stessa e l'immaginazione gli rendono insopportabile. Gli esempi dimostrano la possibilità di ambe queste cagioni, delle quali rimane solo a definire la probabilità che insieme colle altre possono avere nei giudizj capitali.

La seconda sorgente del suicidio sono le malattie dell'immaginazione, che o per se sole, o secondate dalle disposizioni del temperamento fisico, spingono alcuna volta gli uomini per leggieri cagioni ad ucciser dalla vita. L'abuso della filosofia, o sia la falsa applicazione che ne fa l'immaginazione, è la più frequente specie di tal male. Cleombroto Ambraciota avendo letto il libro di Platone sull'immortalità dell'anima, fu invaso da tale impaziente deside-

rio della vita futura, che senza altra occasione d'avversità gettossi nel mare. A questo genere di filosofica mania si riferiscono le tante massime de' filosofi predicatori del suicidio, di Seneca, o de' poeti che han cercato persino di colorarle coi fiori dell'immaginazione (2).

Le disposizioni della natura materiale possono rendere ancora l'uomo inclinevole al suicidio. Questa malattia è quel vizio della fisica costituzione o del temperamento (che dicesi mania malinconica), e che rende alcuni uomini estremamente sensibili alle più picciole impressioni morali. L'immaginazione di costoro esagera tutti i mali, e la sensibilità n'è tanto esaltata, che credendosi attaccati da mali i più intollerabili, non sanno vedere altro scampo, se non nella morte. La Grecia tra gli antichi e l'Inghilterra tra' moderni son ricchi di esempi, de' quali la citazione sarebbe superflua. Può solamente notarsi, che appartengono a questa classe que' suicidi, che diconsi ordinariamente commessi per tedio della vita. Quando essi non possono esser spiegati da alcuna delle cagioni di sopra esposte, debbonsi avere come l'effetto o di un male morale o d'un male fisico, in entrambi i quali casi però primeggia sempre l'abuso dell'immaginazione. Un esempio di tal genere di suicidio, singolare come la morte di Cleombroto, è quello di Creech, commentatore di Lucrezio, il quale promise d'uccidersi quando avesse compiuto i suoi commenti, ed eseguiilo, non si sa, se perchè vi fosse spinto da altra cagione, ovvero dal desiderio di rassomigliare al suo autore.

Ordinate così le cagioni e gli esempi dello morti volontarie, qual è il grado della probabilità loro? Riducendo a formula aritmetica una tal quistione, potrebb'essere risolta dal paragone tra l'istinto universale della vita, e la sua eccezione, o sia dalla proporzione tra'l numero de'suicidi e l' resto del genere umano. Ma non è questa probabilità generale, quella che serve all'argomento presente. Tutt'altra

(1) Supplemento di Livio lib. 86 cap. 6.

(2) Gresset nel Sidnei.

L'esclate est il coupable en brisant sa prison ?

Le juge qui m'attend dans cette nuit ob-

scure.

*Est le pere et l'ami de toute la nature ;
Rempli de sa bonté, mon esprit immortel,
Va tomber sans frémir dans son sein pa-*
ternel.

è la disamina, riposta nelle due seguenti quistioni: 1.° dato un genere di morte, quale è la probabilità che i suicidi si servano di questo, piuttosto che di altro mezzo per attentare contra la propria vita: 2.° riguardati i delinquenti, e tutti gli altri, ne' quali può cadere il sospetto del

delitto, come una particolar classe d'uomini, qual'è la probabilità del suicidio tra loro, comparativamente alle altre classi della società? Dalla soluzione delle due cennate quistioni risulta la probabilità delle false confessioni, o sia de' suicidi giudiziari.

CAPITOLO XI.

PROBABILITÀ NELLE FALSE CONFESSIONI, E DE' SUICIDI GIUDIZIARI.

Il primo dato necessario a valutare la probabilità delle false confessioni spontanee, è, cioè, ammessa in un uomo la determinazione di rinunziare all'esistenza, sia la mano del giudice un strumento così proprio a secondarla, come il ferro ed il veleno. Il senso della natura e la speranza dimostrano, che la risoluzione di troncare i propri giorni proceda da uno stato violento, da cui cercano di richiamare l'anima i vincoli stessi della natura e l'abito della vita. *Quis autem de ipso sapiente aliter existimat, quin etiam cum decreverit esse moriendum; tamen discessu a suis, atque ipsa relinquenda luce moveatur* (1)? L'empito dunque d'un momento è quello, che dee soffocare l'istinto dell'esistenza; e quasi come una fiamma, la quale sorga dalle nubi tenebrose delle sofferenze, che circondano il cuore dell'uomo abbandonato al senso della propria infelicità, de' accenderlo ed armargli la mano contra se medesimo. Ma è necessario altresì, che una morte pronta estingua i dolori, ebe seco portano le violente separazioni dalla vita; il perchè se le passioni ebe ci trascinano alla morte, non abbiano il prevedimento di cautelarsi da ambo gli ostacoli del tempo e del dolore, l'uno menerà seco la riflessione e la calma, l'altro farà trionfare il senso della natura. M. Perrot d'Ablancourt, che con tanta deliberazione preferì piuttosto di morire, anzichè d'attendere la stagione imminente, nella quale gli si faceva sperare la guarigione dalla sua infermità, cominciò dall'astenersi dal cibo; ma

la lentezza del mezzo che aveva scelto, gli fece desiderare, sebbene inutilmente, di tornare sul cammino della vita (2). I giudizi uniscano in loro i due requisiti della celerità del tempo, e dell'assenza del dolore, così necessari al proponimento di un suicida?

I giudizi sono lenti, la dimora de' rei è tormentosa, l'evento è incerto, perciocchè i giudici debbono inquisire sulla verità delle accuse, e debbono salvaro anche quegli che volessero perire; finalmente l'apparecchio e l'esecuzione della morte è violenta e spaventevole. Qualunque ragione dunque spingesse un uomo al suicidio, non sarebbe egli coerente a se medesimo se ricorresse ad un mezzo pieno di ostacoli per ottenere quello ch'è in sua libertà di procurarsi; e meno ancora il sarebbe facendosi ad implorare da un altro la morte, mentrèchè la natura, come Seneca dice, ci custodisce in un campo aperto, d'onde è permesso d'uscire sempre e comunque ci piaccia (3). Ma sarebbe maggiore la contraddizione, ebe dovrebbe supporre nello stato dell'anima del suicida, quando si credesse possibile che egli agitato da mali così violenti discendesse al freddo proponimento di affettar calma, di mentire il delitto, di studiare i mezzi come sorprendere la credulità del giudice, e così comandasse a vicenda gli intervalli e gli accessi delle sue passioni.

Gli ostacoli esposti non sono i principali tra quelli, che presenta il giudizio. L'ignominia è la compagna de' giudizi capitali, nè altra pena è in contraddizione

(1) Cicerone *de finibus* lib. 5 cap. XI.

(2) Vedi Bayle nella vita di Perrot d'Ablancourt.

(3) Seneca epistola 70: *Natura in aperto nos custodit.*

maggior di questa colla passioni che producono il suicidio. Certamente non si può presumere che a tal pena corrano volontariamente coloro, i quali vogliano conservare o acquistare a spese della vita, la stima degli uomini, reale o immaginario che sia l'oggetto della passione che gli tormenta. È impossibile altresì, che a sì dura pena si soscrivano quelli, che sieno comunque determinati di abbandonare le illusioni della vita; imperciocchè può l'esaltazione della virtù mostrare la vauità della lode e della gloria, ma non può mai indurre chicchessia a diminuire lo stato della propria dignità. È impossibile in terzo luogo, che a quella pena si soggetti la classe più numerosa di quegli uomini, che corron dietro all'ammirazione e all'applauso degli altri. Finalmente discendendo per gradi insino a quelli che non amano la virtù, che non la professano, che non sanno imitarne gli esempi, che l'offendono, ma che non sono indifferenti all'infamia, non è verisimile che vogliano volontariamente incorrerla, quando possano con mezzi più facili andare incontro allo stesso fine.

Alcuni martiri cristiani diedero ne' tempi delle persecuzioni l'esempio di confessioni spontanee, che sono state malamente citate per provare la facilità, con cui possa uno denunziar se stesso al giudice. Quelle confessioni non appartengono alla controversia presente, perocchè lungi dall'esser false, erano dettate dalla forza della verità e della religione, la quale armava il cuore de' martiri di straordinario coraggio e rendevagli superiori all'ignominia, fondata solo nell'opinione de' persecutori loro.

Da questo caso in fuori non può concepirsi uomo che non abborrisca l'infamia, nè delinquente che divenga indifferente alla stessa, se non dopo di avere percorso tutta la carriera de' delitti. Ma anche dopo d'averla percorsa, se un resto di libertà e di dignità si trovi in lui, soffrirà tutte le pene, meno che l'aspetto del supplizio e del carnefice; *Miseram est*

ignominia judiciorum publicorum, misera mulctatio bonorum, miserum exilium, sed tamen in omni calamitate retinetur aliquod vestigium libertatis. Mors denique si proponitur, in libertate moriamur; carnis vero et obductio capitis et nomen ipsum crucis absit, non modo a corpore cicium Romanorum, sed etiam a cogitatione, oculis, auribus. Harum enim omnium rerum non solum eventus atque perpersio, sed etiam conditio, expectatio, mentio denique ipsa, indigna cive Romano, atque homine libero est (1).

Per illustrare una tal verità, non fa mestieri degli esempi de' grandi uomini, che per evitare l'ignominia de' giudizi si diedero la morte. Sarebbe lo stesso, che negare alla costanza d'Arria e di Peto (2), di Scribonio e di Druso (3), di Nerone Germanico e di Silio (4) la parte maggiore della lode e dell'ammirazione, che l'antichità ha prestato loro, se si volesse una così picciola lezione ricavar dagli eroici fatti che hanno illustrato i loro nomi. La storia è piena di esempi di delinquenti, che avendo perduto il diritto alla pubblica stima, ch'essendone consapevoli, non furono però indifferenti all'ignominia delle pubbliche condanne. Seneca riferisce che uno de' Germani condannato alle bestie, per sottrarsi al dolore ed all'ignominia di quel supplizio, affogossi ingoiando l'asta e la spugna immonda, destinata a purgare i cessi delle prigioni: un altro, condannato al medesimo spettacolo, mentrechè era trasportato in una vettura, simulando il sonno e harcollando il capo, lo abbassò tanto, finchè gli riuscì di frapportlo fra' raggi delle ruote, e vel tenne finchè il giro di queste venne a rompergli la cervice (5): la marchesa di Brinvilliers, la più celebre paricida e venefica che presenti la storia, cercò d'abbreviarsi la morte nella prigione (6). Quanti esempi di morti procurate ad evitar quelle della giustizia non si verificarono in Roma, onde poi nasque-

cito lib. IV degli annali.

(5) Seneca epistola citata.

(6) *Lettres de Madame de Sevigné* 269.

(1) Cicerone *Pro C. Rabirio*.

(2) Plinio *epist. lib. 3 epist. 16*.

(3) Seneca *epist. 70*.

(4) Svetonio nella vita di Tiberio-Ta-

nino (1)! Quanti non ne avvengono tuttoggiorno, rimanendo sepolti nell'oscurità delle prigioni; e quatti altri non ne previene la vigilanza della custodia!

Non ostante le esposte considerazioni, le cagioni delle azioni son sì varie e composte, e le contraddizioni dello spirito umano son tante, che non può sempre prevedersi la combinazione de' motivi, da cui la volontà è determinata; siccome spesso non si può spiegar le cagioni de' fatti i più contraddittori ed inverisimili. È questa una verità di esperienza, che le regole della stessa critica debbono riconoscere come possibile. Gli antichi retori nel parlare di tante specie di avvenimenti, riferironsi alla sentenza del poeta Agatone: *bisogna avere come verisimile, che agli uomini intervengono alcuna volta cose, le quali sono fuori del verisimile* (2). Ma se questa contraddizione dello spirito umano dovesse essere riconosciuta, come la sola sorgente delle false confessioni, ne seguirebbe che la probabilità loro sia fuori di ogni verisimile morale, e che dovesse essere definita, non per le regole della verisimiglianza, ma per quelle dell'esperienza.

Il secondo dato necessario a determinare la verisimiglianza del suicidio giudiziale, sta nel misurar la possibilità, che no' rei di delitto capitale trovsi la risoluzione di morire volontariamente, e di sostenerla anche a dispetto della resistenza della natura. Una tale probabilità è composta, dappoichè i rei van considerati come una classe di uomini distinta dagli altri per la corruzione de' loro principi morali. I gradi di questa probabilità saranno relativi alla qualità de' rei, de' quali dovrà il giudice pronunziare. Astrazion fatta dalle difficoltà, che il giudizio oppone al suicidio, la probabilità sarà massima

se gli uomini da giudicarsi sieno i comoriani d' Egitto; sarà d'un grado inferiore ma tuttavia grade, se il giudice si trasporti in Ceos, o nell' antica Marsiglia, dove Valerio Massimo e Plinio dicono che non credevasi di finire nobilmente la vita se non quando volontariamente si troncase (3); sarà remota se il giudizio andrà sopra uomini, meno straordinari di quelli, ma capaci d'essere trasportati fuori di loro stessi dall' eccesso delle false virtù e dell' immaginazione; diverrà finalmente una quistione astratta e ridicola pel soggetto, cui vorrebbe farsene l'applicazione, se si tratti di giudicare uomini, o già consumati nella carriera de' delitti, o diffamati per la depravazione del viver loro. Quale assurdo trasponimento d' idee non dovrebbero fare, argomentando la probabilità del suicidio da quegli uomini, che hanno superato l'istinto dell'esistenza e sono riusciti con un lungo abito di meditazione a richiamare l'anima a se medesima, astraendola interamente dall'influenza della natura fisica, alle anime erudite e superstiziose de' delinquenti, e di quegli uomini in generale, ne quali l'abito o la capacità del delitto, non fa che accrescere il senso ed il bisogno della vita?

Et quoque tamen miseri venere, parentant,

Et nigras mactant pecudes, et manibus Divis

Inferias militunt, multoque in rebus acerbis Acris advertunt animos ad religionem (4).

Con un'applicazione dunque di questa natura, dalla sola possibilità fisica del suicidio, si trarrebbe una conseguenza alla probabilità morale di esso, e si vestirebbe delle vili e timide spoglie de' colpevoli le anime di Attico e di Catone.

(1) *De bonis eorum, qui ante sententiam mortem sibi conceperunt, vel etc.*

(2) Vedi Aristotele nel lib. 2 de' Retorici nel cap. 24, dove parlando di tali avvenimenti rapporta i seguenti versi, attribuiti ad Agatone:

Ταχ' αὖ τις ἐκὸς αὐτοῦ τούτ' ἵναί τις λησὶ,
βαστοῖσι πολλὰ τυγχάνειν οὐκ ἔκστα.
Fortasse aliquis verisimile id ipsum esse dixerit.

Mortalibus multa evenisse non inverisimilia.

S. Bernardo in un luogo delle lettere ad Eugenio dice: *Ordinatissimum est, minus interdum ordinate fieri.* Lett. 276.

Vedi Seneca nella lettera 24 dove parla anche di tali avvenimenti.

(3) Valerio Massimo e Plinio ne' luoghi citati al num. 94.

(4) Lucrezio lib. 3.

PARTE SECONDA

CAPITOLO I.

DELLE CAUTELE DETTATE DAL DIRITTO ROMANO NE' GIUDIZI DE' REI
SPONTANEAMENTE CONFESSI.

La principale cautela suggerita a' giudici per non imbattersi nel caso possibile d'una falsa confessione spontanea, è la prova delle vestigie del delitto, dove queste sieno permanenti. O che l'esperienza debba far temere l'accidente della falsa confessione, o che solamente la ragione lu presenti come possibile, non può abbastanza commendarsi la critica di coloro, i quali i primi richiesero la certezza del fatto criminoso, come la base dell'investigazione. Cotesto dato preliminare tendo all'investigazione della verità, serve di guida al giudice nello scoprimento de' rei, e supplisce alla probabilità delle prove, le quali presentano spesso volto il falso sotto l'aspetto del vero. I due esempi delle false confessioni seguito dalla condanna degl'innocenti (de' quali abbiamo promesso di tener conto) dimostrano, che se in que' casi si fosse chiesta la prova del corpo del delitto, non avrebbero la verisimiglianza delle confessioni sorpresola critica de' giudici. Non è già cho io mi proponga di dir cosa che diminuisca l'importanza di quella prova cardinale, anzi ne dimostrerò particolarmente la necessità ne' casi delle confessioni spontanee. Ma acciocchè non si faccia una falsa ap-

plicazione delle ragioni, sopra le quali quell'eurema è fondato, e le autorità del diritto non si estendano a' casi diversi; nè si usi di falsi argomenti di legge per impugnare persino la certezza morale delle confessioni; è necessario discutere per quali motivi una tal cautela sia stata introdotta, e se sia ella dovuta all'antivedimento delle leggi romane, ovvero sia stata l'esperienza de' giudizi la prima a desiderarla, così nelle confessioni come nelle altre specie di prove.

Tra le regole d'interpretazione, che dà il diritto romano, è quella, cho le leggi antecedenti debbano spiegare le seguenti, e cho di ogni legge s'intenda come implicitamente ordinata l'applicazione agli stessi casi, ed alle medesime persone (1). Sopra talo regola si è creduto da alcuni interpreti, e dal comune degli scrittori criminalisti, che il diritto romano esigesse come sostegno della confessione la prova del corpo del delitto. Le leggi delle quali si è fatta la conciliazione, onde tirar da esse la cennata conclusione sono: la *l. 1 §. 1 D. de quaest.*, la *l. inde Neratius §. ult. ad l. Aquil.*, i *§§. item illud, e non alias D. De Senat. Cons. Silen.*, i *§§. Divus Severus, et si quis ultro* della citata *L. 1*

(1) *L. 26 D. de Legibus et Senatusc. Ideo quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, et semper quasi hoc inesse legibus oportet, ut ad eas quo-*

que personas, et ad eas res pertineant, quae quandoque similes erunt. *L. 27 D. cod.*

de quaest. (1). Per decidere se le allegatte autorità contengano l'identità del soggetto, e le circostanze proprie alla pruo-

va del corpo del delitto, è necessario venire all'esposizione di ciascuna di esse.

CAPITOLO II.

SPIEGAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA LEGGE PRIMA DE QUÆSTIONIBUS.

Et non esse a tormentis incipiendum, et divus Augustus constituit; neque adeo fidem quaestioni adhibendam. Sed et epistola divi Adriani ad Sennium Sabinum continetur. Verba rescripti ita se habent; ad tormenta servorum ita demum veniri oportet, cum suspectus est reus, et aliis argumentis ita probationi admoveatur, ut sola confessio servorum deesse videatur.

Il cennato testo stabilisce, che ne' casi ne' quali è ordinata la tortura, non debba da essa principiare l'inquisizione, nè debba a quella ricorrere, se non quando concorrano insieme contro al reo non solamente sospetti, ma argomenti tali, che niente altro manchi alla pruova se non la sua confessione. L'argomento dunque che si trae da questa legge, è che la sola confessione formi una parte della pruova del delitto, e che per conseguente dove sia sola, debba esser sostenuta da altri indizi. Se quest' argomento si facesse per dimostrare, che non basti la sola confessione estorta, non è chi non lo concederebbe per vero, giacchè è compreso nelle

parole e nel senso della legge; ma il trasportarlo alla confessione spontanea, ed alla confessione spontanea degli uomini liberi, vuol dire applicar la legge ad una cosa di diversa natura, e a diverse persone (2). In secondo luogo se anche l'argomento reggesse resterebbe a desiderare da' commentatori, che dimostrassero come sotto il nome di argomenti o d'indizi, la legge avesse compreso il corpo del delitto esclusivamente da ogni altra pruova. Ciò non essendo spiegato può conchiudersi, che la legge non stabilisce per requisito de' giudizi de' rei confessi il corpo del delitto, e non ferisce la certezza delle confessioni spontanee.

(1) Mornacius in L. 25 §. ult. D. ad l. Aquil.

Antonius Matthaei ad Lib. 48 Dig. tit. XVI de qu. n. 2.

Jac. Gothofredus in parte XV Edictalium regularum.

Harprecht ad Lib. IV Instit. Tit. XVIII de publicis judiciis num 48 et seq.

Hein Dissert. cit. §. 44.

Angelus de Maleficiis.

Follerio pract. crimin. versu Capit informationem.

Bossius de delictis.

Paris de Puteo in v. Confessio, et in v. Tortura.

Grammaticus in consiliis 16 et 60, et in decis. 2.

Boerius in decis. 164.

Prosperi Farinacii Theor. et Praz. crim.

De inquisit. Quaest. 1 e 2.

Nota. Gli argomenti di legge, da' quali si suole trarre la necessità del corpo del delitto, sono così numerosi, com'è vasto il campo dell'analogia per gli scrittori del foro. Ho scelto dunque ed esaminato quelli, de' quali fanno uso gl'interpreti e i criminalisti di maggiore discernimento.

(2) Vedi Accursio sulla L. citata.

CAPITOLO III.

SPIEGAZIONE DEL PARAGRAFO ULTIMO DELLA LEGGE 23 INDE NERATIUS

AD LEGEM AQUILIAN.

Si quis hominem vivum falsa confiteatur occidisse, et postea paratus sit ostendere hominem vivum esse, Julianus scribit cessare Aquiliam: quamvis confessus sit se occidisse: hoc enim solum remittere actori confessariam actionem, ne necesse habeat docere eum occidisse: caeterum occisum esse hominem a quocumque oportet.

L'argomento fondato sul paragrafo citato non solamente è meno concludente del primo, ma è contrario all'interpretazione ricevuta, ed al senso ovvio della suddetta legge (1). Nelle confessioni dei giudizi civili e de' penali la falsa confessione è valida anche nel caso dell'errore, quando questo versi circa il fatto proprio; il perchè nella *l. 4 de confessis* è stabilito, che se alcuno confessi falsamente di avere ucciso un servo, purchè il servo sia stato ucciso, egli è tenuto del danno. Ora una conseguenza di questa legge è il paragrafo ultimo della *l. inde Neratius*, nel quale si dice, che se dopo di avere confessata l'uccisione del servo, il reo voglia provarlo l'esistenza, in questo caso

cessino gli effetti dell'azione confessoria. Ma che da questo solo caso in fuori, chiunque altro abbia ucciso il servo, la confessione del preteso reo e gli effetti di essa rimangono nel pieno vigor loro (2).

Ciò posto, come può trarsi un argomento di analogia da un'autorità di diritto contraria al caso di cui tratta? come l'esempio della confessione falsa che la legge sostiene in un caso si può trasportare ad un altro, in cui la legge non solo la rigetta, ma inquisisce sulla verità di lei? Questo è uno degli esempi atti a dimostrare l'abuso degli argomenti di legge, a dilucidare i quali, ho separato la sposizione dell'una dall'altra specie di confessioni.

CAPITOLO IV.

SPIEGAZIONE DE' DUE §§. DE SENATUS CONSULTO SILANIANO.

§. 24 della l. 1.

Item illud sciendum est, nisi constet aliquem esse occisum, non haberi de familia quaestionem. Liquere igitur debet sceleris interemptum ut Sen. Cons. locus sit.

§. Non alias della l. 5.

Non alias bona publicantur quam si constabit esse occisum patrem familias, et haeredem ante quaestionem de familia habitam, suppliciumque sumptum adisse haereditatem.

Il sistema politico, che conculcava i diritti naturali e civili de' servi nello stato dell'antica Roma, ripercuoteva sovente gli autori della violenza, e faceva de' servi una classe di famigliari nemici, tanto

più pericolosi, quanto maggiori erano le occasioni, che le relazioni confidenziali prestavano al delitto. Renduti frequenti i reati de' servi contra le persone de' padroni, l'interesse comune di costoro detto

(1) Vedi Harprecht nel luogo citato di sopra al titolo de public. judiciis. n. 48, et

seq.

(2) Vedi Accursio sulla *L.* citata.

le leggi di rigore e di esempio, che trovansi raccolte sotto al titolo del *senato-consulto silariano*. La data di questa legge è dell'anno 762 di Roma, o sia di Augusto, secondo l'opinione di Cuiacio (1); e di qualche anno innanzi, se reggono le osservazioni di Hotman e di Gravina (2). La sicurezza de' padroni contro allo insidie dei servi richiese sì frequenti provvedimenti, che poco dopo la pubblicazione della prima legge fu necessaria la giunta di un secondo *senato-consulto* detto *stabiliano*; ma questo neppure fu bastevole a diminuire la frequenza di tai delitti, il perchè sotto l'imperio di Nerone ne fu con altro editto rinnovata ed ampliata la disposizione (3). Ciò non pertanto nell'anno 814 di Roma sotto lo stesso imperio di Nerone, Pedanio Secondo prefetto della città fu ucciso dal proprio servo, e l'intera famiglia servile, quantunque il popolo dissentisse, fu sottoposta alla tortura (4).

È manifesto che la prima, la seconda, e la terza legge provvidero alla vendetta di quei reati, ne quali il padrone si trovasse morto per violenza, qualunque fosse stato il mezzo o l'istrumento adoperato (5). In tali casi disposero che non potesse aprirsi il testamento, adirsi l'eredità, domandarsi il possesso de' beni, o altra cosa dipendente dal testamento, se prima non si sottoponessero tutti i servi ad una pubblica tortura. L'oggetto della tortura era lo scoprimento del reo, del mandante, se mai ve ne fosse stato, dei complici (6); era inoltre la pena di tutti i servi che non avessero prestato aiuto al padrone, e non l'avessero salvato dalla violenza, sotto la quale era perito (7); il

perchè la tortura aveva luogo ancorchè fosse certo il percussore del padrone (8), eccettuati quei soli servi, a' quali fosse stato impossibile l'accorrere alla difesa di lui (9). Un'altra parte della legge puniva gli eredi colla privazione dell'eredità e di ogni beneficio del testamento, se avessero trascurato la vendetta del defunto, o preferito di ritenere i servi, piuttosto che abbandonargli al supplizio (10).

Ora le due autorità, di cui si suol fare l'applicazione al corpo del delitto in generale, sono relative alle due diverse parti del *senato-consulto silariano*. Il §. 24 della legge 1^a determina, che dove non costi essere stato il padrone ucciso, non debbasi sottoporre la famiglia servile alla tortura. Laonde perchè abbia luogo il *senato-consulto*, è necessario verificare, che il padrone sia morto per delitto de' servi.

La legge 5^a determina, che senza la stessa prova preliminare della morte per delitto, non si dia luogo alla pena dell'eredità. Ora il testo della legge, e la sana interpretazione di essa non si prestano all'applicazione di queste autorità a' delitti in generale, e molto meno a quelli commessi da uomini liberi, per le seguenti ragioni:

1^o Perchè la tortura non era permessa ne' casi ordinari, se il reo non fosse indiziato con argomenti tali, che contenessero la maggior parte della prova del delitto (11); laddove nel caso in cui si comincia dalla tortura di tutti i servi, il primo dato, d'onde doveva partire l'inquisizione, era la certezza del fatto criminoso. Adunque da questo caso non si può de-

(1) Cuiacio nel *lib.* 1^o delle Osservazioni cap. 18.

(2) *Lib.* I. cap. IX delle Antichità Romane.

Gian Vincenzo Gravina nel libro de *Legibus et Sen. Cons.* cap. 109.

(3) *Factum est Sen. Cons. ultionijuxta et securitati, ut si quis a suis servis interfectus esset, si quoque qui testamento manumissi, sub eodem testamento mansissent, inter servos supplicia penderent.* Tacito *lib.* 13 degli annali cap. 32.

(4) Tacito nel *lib.* 14 degli annali,

cap. 42.

(5) L. 1 §. 17, e §. 26 D. de S. C. Silariano.

Cuiacio sul *lib.* 3 delle Sentenze c. 5.
(6) L. 1, §§. 17 e 25 D. de Quaest. L. 6 §. 1 D. eod.

(7) L. 1 §§. 26, 27, 30, 31 D. eod. *L. fin. C.* de his, quibus ut indignis etc.

(8) L. 6 D. de S. C. Silariano.

(9) L. 3 §. 6 D. de S. C. Silariano.

(10) L. 5. §. 18, e L. 5 §§. 1 e 2, L. 43, e L. 25 D. de S. C. Silariano.

(11) L. 1 D. de Quaestionibus.

durre conseguenza a' casi ordinari della tortura, e molto meno a' casi de' giudizi fondati sopra altre spezie di pruove.

2° Perchè la tortura nel caso del senato-consulto silaniano era una pena data per presunzione a' rei del delitto, a quelli di sola colpa, e persino agl'innocenti (1). Era dunque necessario per una legge cotanto atroce, che costasse di quel fatto almeno, dal quale nasceva la presunzione.

3° Perchè questa pena era imposta nei casi in cui il padrone fosse stato morto violentemente, e sotto il tetto della fami-

glia servile. La pruova dunque del fatto criminoso era richiesta da una doppia necessità, che non ha alcuna relazione coi giudizi comuni degli uomini liberi.

4° Finalmente perchè la necessità del corpo del delitto, che si crede scritta nel diritto romano, è una pruova diretta ad assicurare la verità dell'inquisizione, e l'innocenza de' rei. Ora una conseguenza giusta non poteva cadere nelle intenzioni d'una legge non solamente dettata dalla violenza, ma consapevole altresì della propria ingiustizia.

CAPITOLO V.

SPIEGAZIONE DEL §. *DIVUS SEVERUS*.

§. 16 della *l. prima de quaestionibus*.

Cum quaestio de servis contra dominos neque haberi debeat, neque si facta sit, dicturi sententiam consilium instruat, multo minus indicia servorum contra dominos admittenda sunt.

§. 17.

Divus Severus rescripsit confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat.

§. 18.

Cum quidam deponere pretium servi paratus esset, ut servus torqueretur contra dominum, imperator noster cum divo patre suo id non admisit.

§. 19.

Si servi quasi secleris participes in se torqueantur, deque domino aliquid fuerint confessi apud iudicem, prout causa exegerit, ita pronuntiare eum debere divus Trajanus rescripsit. Quo rescripto ostenditur gravari dominos confessione servorum. Sed ab hoc rescripto recessum, constitutiones posteriores ostendunt.

Chi interpreta un luogo controverso si forma ordinariamente un sistema d'argomenti ispiranti con quella lezione che sceglie tra le dubbie. Ora il §. *Divus Severus* entra fra gli argomenti di coloro,

che leggono ne' due §§. del S. C. silaniano teste spiegati, la pruova del corpo del delitto, e l'argomento sul quale si fonda è il seguente: il S. C. silaniano dichiara che il corpo del delitto sia il fonda-

(1) Cassio nella sentenza proferita in Senato contro a' servi di Pedanio Secondo: *At quidam insontes peribunt. Nam et ex fuso exercitu, cum decimus quisque fusti feritur, etiam strenui sortiuntur.*

Habet aliquid ex iniquo omne, magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur. Tacito lib. 14 degli annali cap. 44.

to di tutte le prove: il §. *Dirus Severus* avverte i giudici a non aver le sole confessioni come prove evidenti de' delitti, ed a richiedere in sostegno delle medesime qualche altra prova: adunque il corpo del delitto è la prova che deo, secondo il senso della legge, concorrere insieme colle confessioni.

Una gran parte del cennato argomento è già caduta per la spiegazione, che rimuove da' §§. del S. C. silaniano quel senso generale, che loro si attribuisce. Il resto svanisce coll' interpretazione del paragrafo *Dirus Severus*, il quale perchè potesse credersi relativo alla prova del corpo del delitto, converrebbe che riguardasse le confessioni spontanee, o le confessioni in generale, e non già le confessioni estorte, delle quali unicamente tratta. So bene quanta controversia siavi stata circa l' intelligenza di questa legge, e quanto gli scrittori recenti abbiano cercato di mostrare che il rescritto dell' imperator Severo riguarda le confessioni in generale, e soprattutto le spontanee, unicamente per diminuirne la fede; ma da una parte la chiara sentenza della legge, o dall' altra l' autorità di quasi tutte le scuole del diritto non possono rendere incerto il giudizio di chiunque prenda per guida della interpretazione le opinioni de' giureconsulti, rischiarate dalla sana critica.

La legge 1^a de *quaest.* contiene una raccolta di diverse regole, che definiscono i casi, in cui è permesso l' uso della tortura, e i gradi di credibilità che dee prestarsi a cotesta voce estorta dal dolore (1). L' oggetto dunque della legge, ed il suo contesto escludono l' applicazione di essa alle confessioni in generale, e soprattutto alle spontanee. Vero è che la compilazione del diritto giustiniano non favorisce gli argomenti d' interpretazione tratti dall' ordine e dalla disposizione delle materie, ma nel caso presente un tale argomento è vero, perchè sostenuto ancora dalle seguenti ragioni.

La cennata legge 1^a è un aggregato di

rescritti di diversi Imperatori messi insieme da Ulpiano intorno all' articolo della tortura (2); sì che l' ordine in questo caso è la conseguenza della connessione delle idee e della identità del soggetto. Inoltre il paragrafo precedente a quello *Dirus Severus* è pure un rescritto di Antonino Severo, inserito da Ulpiano, in cui ripetonsi le regole: che non si debbano torturare i servi contra i padroni, che se la tortura sia stata adoperata, non debba questa prova soddisfare l' animo del giudice, e che molto meno debbasi ammettere gl' indizi de' servi contra i padroni. Segue a questo il §. 17 *Dirus Severus*, il quale contiene l' avvertenza che le confessioni de' rei non si debbano avere come prove evidenti. Nel §. 18 lo stesso Ulpiano riferisce, che avendo voluto alcuno depositare il prezzo d' un servo per farlo torturare contra i padroni, gl' imperatori Eliogabalo ed Alessandro Severo non avevano voluto permetterlo. Nel §. 19 (il quale serve all' intelligenza di tutt' i rescritti precedenti), passa il giureconsulto a spiegare, che se i servi complici sottoposti alla tortura pel comune delitto, ed interrogati di loro, depongano alcuna cosa contra il padrone, l' imperator Traiano volle che si giudicasse su questa prova; ma che le costituzioni posteriori derogarono al rescritto di Traiano, perciocchè espressamente vietarono che si prestasse loro alcuna fede. Per dichiarare l' intelligenza degli esposti luoghi del diritto, è necessario ricordare, che il divieto di torturare i servi contra i padroni cessava ne' delitti eccezionali, come quelli di lesa maestà, di adulterio, di frodato tributo, o di frodato censo, siccome pure cessava ne' casi di delitti atroci occulti, ne' quali mancasse ogni altro mezzo di prova (3).

Ciò premesso l' unica interpretazione che conviene al §. *Dirus Severus*, a' precedenti ed a' seguenti, de' quali abbiamo esposto la connessione è, che non si possa interrogare i servi nella tortura contra i

(1) In criminibus scrutandis quaestio adhiberi solet. Sed quando, vel quatenus id faciendum sit, videamus. Et non esse a tormentis incipiendum. L. 1 in princip.

(2) Schultingio nella Dissertazione Pro

rescriptis Imperatorum.

(3) L. 1 §. 20 D. de quaest.

L. 1 C. de quaest.

L. 9 C. Ad L. Cornel. de Sicar.

L. 5 e 17 D. de quaest.

padroni loro; che se non interrogati depongano alcuna cosa, la confessione sia un indizio della recità de' padroni; che quest'indizio ne' delitti non eccettuati non debba riceversi, come non si riceve la confessione diretta; che le confessioni, o sieno indizi, detti ultronei perchè ottenuti senza una precedente interrogazione, non sieno per se stessi una prova; che nel caso del servo contra il padrone la legge non volle mai permettere l'interrogazione; che altra volta per lo rescritto dell'imperator Traiano si ricevevan sempre gl'indizi spontanei de' servi, ma che il diritto posteriore vi aveva derogato. L'interpretazione della parola *indizi*, di cui la legge fa uso ne' luoghi citati è confermata dal §. 22 della stessa legge prima, nel quale dicesi, che se il servo interrogato di se stesso, accusi anche quelli intorno a' quali non avrebbe potuto essere interrogato, la confessione del servo debbasi avere come un indizio nascente dalla volontà del reo, e non già come l'effetto di una interrogazione vietata (1). Finalmente un altro rescritto degl' imperatori Se-

vero e Caracalla, dimostra, che il testo *Divus Severus* nell'avvertire i giudici a richiedere oltre alla confessione altre prove, intese parlare di quelle che sono necessarie per dare agl'indizi de' servi contra i padroni il peso d'una piena prova. Cotesto rescritto sta nella l. 1.^a del Codice de *Quaestionibus*, nella quale ripetendosi quasi la stessa sentenza del §. *Divus Severus*, si dice, che sebbene le confessioni de' servi contra i padroni non possano assicurare l'animo del giudice, tuttavia se altre prove concorrano a scoprire la verità, cessi l'odiosità della tortura, e la conseguenza che potrebbe trarsi dal divieto dell'interrogazione (2). Sopra l'autorità di tutti gli esposti argomenti può conchiudersi che il §. *Divus Severus* debba essere limitato ad una particolare specie delle confessioni estorte, le quali formano un diritto speciale incapace d'una applicazione generale, e che non abbia analogia di sorte alcuna col senato consulto silaniano, di cui si è preteso malamente che fosse una conseguenza.

CAPITOLO VI.

SPIEGAZIONE DEL §. 27 *SI QUIS ULTRO*.

Si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est; nonnumquam enim aut metu, aut qua alia de causa in se confitentur. Et extat epistola dicorum fratrum ad Voconium Saxam, qua continetur liberandum eum, qui in se fuerat confessus, ejus post damnationem de innocentia constitisset, ejus verba haec sunt. Prudenter etc.

Il paragrafo *si quis ultro* contiene una regola, che Ulpiano trae dal fatto di Primitivo, il quale spontaneamente e non interrogato andò a denunziarsi al presido Voconio Saxa, come reo di omicidio, per non tornare sotto la potestà del padrone. Ora non è raro nel foro, che tra le analogie e gli argomenti di legge, ammassati per confermare un'opinione, si adducono

ancora quelli ch'espressemente la contraddicono. Tal è il caso della citazione di questo testo, nel cui senso si vuol contenuta la prova del corpo del delitto.

Le prime parole della legge dicono, che se alcuno volontariamente palesi un delitto, non s'abbia a prestargli fede. È evidente dunque che il caso il quale corrisponde al tema della legge, è di un uomo,

(1) *Divus Hadrianus Calpurnio Celariano rescripsit: Agricola Pompei Valentis servus de se potest interrogari: Si dum quaestio habetur amplius dixerit, rei fuerit indicium, non interrogacionis culpa.* L. 1 §. 22.

(2) *In caeteris autem quamquam ea quae servus contra dominum dixit, iudicaturi sententiam formare non debeant, tamen si aliis quoque probationibus fines veritatis investigetur, praescriptiois invalida evanescit.* L. 1. C. de Quaest.

che non indiziato nè sospettato del delitto, corra il primo a scoprirlo al giudice (1). In questo caso se l'esperienza non facesse vedere come possibile l'esempio di un uomo, che vuole sceglierne per istrumento della morte il giudizio, lo farebbe suspicare la ragione, la quale avvertirebbe il giudice di siffatta intenzione.

Il rescritto degli imperatori, che Ulpiano inserisce, dice che il servo Primitivo divenne sospetto per la sua ultronea confessione (2), nella quale avendo perseverato, fu dal preside condannato (3); che seguita la condanna, avendo voluto lo stesso giudice scoprire i soci che il servo diceva d'aver nel delitto, lo sottopose alla tortura, e che questa scoprì la falsità della confessione (4). Or dee dirsi, che il giudice non avesse ottenuto la prima confessione co'tormenti, e non avesse a quella prestato un'intera fede, perciocchè attese che il servo la ratificasse, o tacitamente nella stessa perseverasse. Che questo e non altro sia il senso della legge in controversia, concorre a dimostrarlo ancora l'interpretazione grammaticale delle parole. L'espressione *si quis ultro*, spiega non solamente la volontà spontanea, ma sì bene quella volontà che non sia provocata dalle interrogazioni, dalla forza della verità, e dalla coscienza (5).

Una tale spiegazione corrisponde alla traduzione greca de' Basilici, dove è detto *ὁ ἀναγκραίων ὁμολογησας*, o sia chi di sua propria determinazione confessi il delitto (6). Corrisponde altresì al rimanente del testo d'Ulpiano, il quale adoperò la voce *fateatur*, che ha un senso legale affatto differente dal verbo *confiteri*. La voce *fateri* indica la manifestazione del proprio sentimento, laddove il verbo *confi-*

teri esprime quella manifestazione, che contenga adesione al sentimento o all'intenzione d'un altro. Quindi *confitetur* quel reo, che accusato ed interrogato palesi il delitto, e cada nell'intenzione dell'accusatore; *fateatur* quell'altro, che spontaneamente e non richiesto venga a deporlo (7).

Da tutto ciò risulta, che la legge *si quis ultro* riguarda le confessioni spontanee, anzi le ultronee, perciocchè la legge stessa dà luogo a tal differenza; e che non può da quella ricavarsi la conseguenza, che l'insinuazione fatta a' giudici di diffidare di tale specie di confessione, contenga in se la pruova del corpo del delitto. Per l'opposito tanto le parole del testo, quanto l'esempio a cui quelle si riferiscono rendono manifeste le seguenti verità:

1.° Se il preside Voconio avesse cominciato dal richiedere la pruova del corpo del delitto nel caso del servo Primitivo, non si sarebbe abbattuto nell'errore, e in vece d'implorare il presidio dell'autorità imperiale per ritrattare una sentenza, avrebbe scoperto la falsità di quella confessione ne' primi passi del giudizio.

2.° Se la pruova preliminare del corpo del delitto fosse stata una prescrizione necessaria della legge, non avrebbero gl'imperatori lodato nel rescritto la vigilanza del preside, che dovette in quella occasione riconoscere dalla tortura il beneficio di non far perire un innocente.

3.° Se l'esperienza di questo fatto avesse mostrato a giureconsulti la necessità di dettare una legge positiva intorno alla cautela del corpo del delitto, non avrebbe Ulpiano proposto per esempio la vigilanza del preside Voconio, e il rescritto degli imperatori.

(1) Vedi Schultingio a questo paragrafo.

(2) *Servum, qui homicidium in re confingere metu ad dominum revertendi suspensus esset, perseverante falsa demonstratione damnasti.*

(3) Vedi Accursio sulla legge citata.

(4) *Quaestitatus de consensu, quos aequae commentus fuerat, ut ad certiore ipsius de se confessionem pervenires, nec frustum fuit tam prudens consilium tuum, cum in tormentis constiterit, neque illos ei consocios fuisse, et ipsum de se temere*

commentum.

(5) *Sic prior aggreditur dictis, atque increpat ultro.* Eneid. lib. VI.

(6) *ὁ ἀναγκραίων ὁμολογησας* περι ἀμαρτηματος ευχεριως ου πιστεύεται πολλοις γαρ η φοβῶς, η κτερα αιτια κατ' εαυτου πλαττιστα θῶαν εαν δουλός φοβουμῖνος ετο.

(7) Vedi Varrone *De Lingua Latina* lib. 5.

Brissonio de *Verb. signif. in verbo confiteri.*

4.º Tanto è vero, che la sentenza di questa legge sia tratta unicamente dall'esempio del servo, che ne *basilici* testè citati maneano le parole del rescritto e trovansi insieme confusi la regola e l'esempio: εἰνεν ταν δουλὸς ῥοβουµενος: *laonde se il servo che teme* ec. (1), vale a dire, che le scuole greche nella parafrasi del diritto romano, spiegarono senza ambiguità il soggetto della legge, e l'occasione da cui nacque.

5.º Infine tanto è certo, che la cautela del corpo del delitto non è preveduta dalle leggi romane, quanto avendo la tortura dato luogo alla condanna di molti innocenti servi, si vide la necessità di soggettare anche i giudizi di costoro insieme coi loro accusatori a talune regole atte a garantire l'innocenza. Di tali regole son pieni i titoli del digesto e del codice *de accusationibus*, ma tra esse non ve n'è alcuna antecedente, o seguente al §. *si quis*

ultro, la quale prescrive la prova preliminare del corpo del delitto (2).

Avendo conceduto agli oppositori della confessione, che il §. *si quis ultro* riguardi unicamente le confessioni *spontaneae*, avendolo proposto fin da principio come un'eccezione della certezza legale di esse, ed avendo mostrato ora l'argomento circa il quale versa l'anzidetto paragrafo, parmi poter concludere senza bisogno di altra illustrazione, che la legge, all'esempio di una falsa confessione, non seppe trovare altro rimedio, fuorchè render pubblico quel caso per eccitare l'attenzione de' giudici, non avendo suggerito loro nuove regole per l'avvenire. Da ciò apparisce manifesto, che tra le regole ricevute ne' giudizi romani non era alcuna, che prescrivesse la prova del corpo del delitto, e cho il criterio del giudice non aveva altra guida se non la sola verisimiglianza del fatto e la qualità delle sue prove.

CAPITOLO VII.

OPINIONI DELLE SCUOLE DEL DIRITTO SU' DUE §§. DE SENATUSCONSULTO SILANIANO.

Parmi che per molte quistioni del diritto potrebbe scegliersi un genere d'autorità, il quale rendesse meno congetturale e meno spinoso lo studio delle opinioni singolari de' dottori; e che concedendo a' fondatori ed a' primi uomini di ciascuna scuola l'onore di rappresentare tutti gl'interpreti comuni che gli seguirono, potrebbe dall'unanimità o dalla pluralità delle sentenze loro, decidersi del merito di tale, o di tale altra opinione controversa. Se un tal metodo non potesse convenire a tutta la giurisprudenza interpretativa, potrebbe almeno essere utile a dirimere molte delle quistioni, nelle quali gli scrittori posteriori sono stati soliti ripetere le cose dette dagli antecessori per sola vaghezza di disputare. Così potrebbe mettersi un argine al vasto cam-

po delle forensi discezzazioni, senza più turbare le opinioni ricevute. Ma chechè sia dell'uso generale di tal metodo, esso è certamente convenevole alla natura del mio argomento, e alla sobrietà e precisione, con cui de' essere allegata l'autorità delle opinioni altrui in una materia, che da pochi contraddittori in fuori, è stata trattata da tutti gl'interpreti con una eguale conformità di principi.

Quelli che traggono dal S. C. silaniano la regola del corpo del delitto, rendono generale la disposizione d'una legge ch'è ristretta a' termini d'un caso particolare. A rimuovere dunque questa estensione d'interpretazione, vale tanto l'opinione degli scrittori, che l'hanno confutata direttamente, quanto l'opinione negativa di tutti quegli che l'hanno commentata

(1) εἰνεν ταν δουλὸς ῥοβουµενος ὑποσχεψαι πρὸς τοῦ δεσποτῆν τλῆστος καὶ ἰαντεν εἰνγ. : *Laonde se il servo, che teme di ritornare presso il suo padrone, falsamente abbia deposto contro di se ec.*

(2) Vedi il titolo *de Accusationibus et Insuperationibus* del Digesto.

La l. 13, e 14 *Singuli universi iudices*, la l. 16 *In causis criminalibus*, e la l. 1 del Codice *de Accusationibus*.

strettamente per lo caso, per lo quale fu scritta.

Ciò premesso, nè la prima (1), nè la seconda scuola del diritto romano (2) trovarono nel S. C. silaniano quella regola generale, che gli scrittori dell'età seguenti vi lessero, ma interpretarono i due paragrafi di quella legge nello stesso senso della tortura de'servi, complici della morte del padrone. Ciò non ostante l'esperienza de' giudizi avendo cominciato a mostrare fin da' tempi della seconda scuola la salutare cautela del corpo del delitto, ereditata i criminalisti di quel tempo di non poter dare un maggior credito alla cennata pratica, che derivandola da una disposizione del diritto, il perè tutti ne fecero merito al §. *Item illud* del S. C. silaniano. Una pruova irrefragabile dell'origine di cotesto errore, divenuto poi comune, sono i commenti fatti alla cennata legge da Bartolo (3) e dagli altri padri della terza scuola (4), la quale prevalse a tutte le altre nell'applicazione delle leggi alle controversie particolari del foro. Gli anzidetti commenti mentrechè limitano la interpretazione del §. *Item illud* al caso della tortura de'servi, notano, che la pratica ricevuta nel foro di mandare il notaio

a prendere il corpo del delitto, sia un'induzione, che vuol dire argomento di legge de'criminalisti. Ciò non ostante si continuò sempre nel foro a riguardare quel paragrafo come la fonte della pruova generica del delitto; nè a distornarlo da tale errore valse l'autorità delle scuole seguenti a Bartolo, come la scuola d'Alciato, l'Accademia di Bourges (5), e quella dello stesso Cuiacio, padre della rinata giurisprudenza (6). Il primo a levarsi contra l'error comune fu Ginlio Claro, giureconsulto del decimosesto secolo, e riformatore del foro criminale d'Italia. Questi notò che malamente i dottori traevano da quel paragrafo la cautela del corpo del delitto, essendochè la legge non parlava, se non del caso della tortura. Per verità l'opinione di Claro contiene anche essa una parte d'errore, perchè estende l'interpretazione del S. C. a tutti i casi della tortura, ma è sufficiente a smentire l'opinione di coloro, i quali leggono nel citato paragrafo un canone per la pruova generica del delitto (7). Di qui a poco dimostreremo, che Giulio Claro è stato parimenti il solo scrittore, che abbia esattamente esposto l'origine storica della cennata pratica.

(1) Azione nella somma sulle parole *ut hinc S. C. locus sit. Sed ego quaero ad quid fiet haec quaestio. Resp. ad inquirendam mortem defuncti, ut in fine proximi §. Sed haec quaestio non fit, nisi cum liquet cum scelere interfectum, ut hic. Numquid ergo fit quaestio semper quando liquet: Resp. liquere debet cum scelere defunctum, etc.*

(2) Vedi Accursio nel §. *Questionem*, e nell'altro *Hoc autem* della stessa legge.

(3) *Ex isto §. sumit practica quod Curia mittat notarium ut videat mortuum, et describat vulnera:* Bartolo a questa legge.

(4) Vedi Alessandro Tartagno sul luogo citato di Bartolo.

(5) Vedi i Commentari di Duareno al S. C. silaniano, ed il trattato di Francesco Hotman *de Magistratibus, de Legibus, de Sen. et S. C. insign.*

(6) Cuiacio *Ad lib. 43. Pauli ad Edictum. De S. C. Silan.*

(7) *Est enim vulgaris et trita conclusio, quod ante omnia debet iudici constare de delicto, quae colligitur ex textu in vulgat. l. 1. §. item illud ad S. C. Silan. quem textum sciunt omnes, ut dicit Boscius etc. Licet revera ille textus loquatur de tortura, ut scilicet reus non subiciatur torturae, nisi prius constet delictum fuisse commissum: Lib. V Pract. Crim. Quaest. IV.*

CAPITOLO VIII.

OPINIONI DELLE SCUOLE DEL DIRITTO SUL §. *DIVUS SEVERUS*.

Seguendo lo stesso genere d'autorità testè scelto, una eguale uniformità d'opinioni si scuotra nella spiegazione del §. *Divus Severus* presso i maestri delle scuole, che hanno fissato lo diverso età della giurisprudenza, ed il consenso de' quali è per me, come l'interpretazione originale delle leggi.

Gli autori della prima e della seconda scuola, le cui opinioni sono contenute nella glossa, hanno concordemente interpretato, che le confessioni no'tormenti fossero il soggetto del §. *Divus Severus*. Era bensì sorta tra loro controversia intorno alla intelligenza della legge, ma i disparteri versavano solamente circa il punto, se il rescritto dell'imperator Severo riguardasse le confessioni estorte in generale, ovvero quella specio di confessione, nella quale il reo non fosse stato perseverante. La glossa propone come verisimili ambe le opinioni, e nota che così l'una, come l'altra non facevano antinomia colle regole generali, che negli altri titoli del diritto definiscono il peso e la

certezza della confessione spontanea (1).

Le due soluzioni proposte da' cennati giureconsulti divisero i sentimenti degli interpreti posteriori, e specialmente di quelli della terza scuola. Piacque al capo di questa scuola (2) più l'opinione di coloro che leggevano la confessione estorta come soggetto del rescritto, ed in tal sentimento lo seguirono alcuni de' suoi discepoli (3); laddove Baldo ed altri scelsero la lezione che riferiva il rescritto alle confessioni, nelle quali il reo non avesse perseverato (4). Entrambe queste opinioni escludono egualmente l'applicazione del rescritto alle confessioni spontanee, la certezza delle quali si ebbe come assoluta, ed incapace di qualsivoglia eccezione (5). Alciato padre della quarta scuola ha scritto della confessione spontanea in tutti i suoi commenti, come della prima di tutte le pruove (6), e Cuiacio ha abbondato tanto nel senso della certezza della confessione, quanto ha avuto per promiscua a' giudizi civili o criminali la massima, che il reo confessò s'abbia come condannato (7);

(1) *Pro exploratis idest probatis. Sed argumentum contrarium supra de cust. reor. l. si confessus, et C. de poenis, l. qui sententiam, et supra de minor. l. auxilium, §. Sed ut ad L. Jul. Solutio. Valet si perseveret ut ibi, alias non, ut hic, atque infra ei §. si quis ultro. Alii, ut Ro: quod hic in tormentis, ibi sine tormentis, ut atque ejusdem §. si quis ultro.*

(2) Bartolus. *Non stetur ergo confessioni factae in tormentis. L. confessus de cust. reor. L. qui sententiam C. de pactis. Dicit glossa valet si perseveret, alias non, ut hic et in ea l. si quis ultro. Vel aliter, ibi loquitur de confessione facta sponte et sine tormentis, hic vero de confessione facta cum tormentis. Haec placet juncta cum prima.*

(3) Vedi Alessandro sul luogo di Bartolo.

(4) Baldo nella l. un. C. de Confessis: *Item in causa pecuniaria, quia in criminali non statim confessioni. Imo volens perire potest defendi, nec habendae*

sumt confessiones reorum pro exploratis facinoribus ut D. de Ap. non tantum, et de quaest. l. 1. §. Divus. Condemnatur ergo reus si perseverat in confessione, ut in eo tit. de quaest. l. 1 §. Si quis ultro.

(5) Vedi lo stesso Bartolo nelle leggi: *Deo nobis C. de Ep. et Cler. l. 2 de Custod. reor., e l. a praecedente C. de Dilat.*

(6) Vedi Alciato nel titolo de *Transactionibus*; e ne' *Commentarii. In titulos et capita aliquot decretalium.*

(7) *Nam quae quaedam nationes observant, ut nec convictus quidam damnetur, nisi fateatur, hoc jus nostrum non admittit, quod alterutro est contentum, vel ut convincatur, vel ut confiteatur L. qui sent. C. de poen. Ergo convictus de sociis recte interrogatur, confessus non convictus non interrogatur in socios, vel in alios. Ea ratio est optima, quia cum habeatur confessus pro damnato facit, ut desperatus ad delationem aliorum confugere possit. Cuiacio al titolo del Codice de Confessis.*

opinione la quale fece nascere le controverse di sopra riferite. Merita finalmente una particolar menzione l'interpretazione del più sano ed accurato spositore del diritto criminale, Antonio Matthaei, di cui l'opinione è stata principalmente combattuta da quolli de' moderni giureconsulti che han voluto impugnare la certezza delle confessioni spontanee. Ora Antonio Matthaei stabilisce che il §. *divus Severus* non contenga eccezione alla certezza delle confessioni spontanee, ma risguardi o quelle estorte ne' tormenti, o le estragiudiziali non confermate nel giudizio, ovvero quel-

le nelle quali non costi del corpo del delitto (1). Il fondo di questa opinione è, che il testo in controversia possa risguardare ogni altra specie di confessione, fuorchè le spontanee. Delle tre proposte lezioni è manifesto che essendosi egli rapportato alla comune opinione, non ne abbia sostenuto alcuna come propria. Per quel che concerne la terza di tali lezioni, avendola già dimostrata affatto aliena da' principi del diritto romano, sarebbe superfluo l'impegno di esaminare quale delle altre due meriti la preferenza.

CAPITOLO IX.

PRINCIPI DA' QUALI NASCE LA NECESSITA' DEL CORPO DEL DELITTO.

Il corpo del delitto è la pruova di quel fatto criminoso, di cui rimangono tracce permanenti. La necessità di questa pruova preliminare nelle inquisizioni criminali è fondata sopra due ragioni: una è nel fine stesso delle pruove: l'altra nell'uso di esse, o sia nell'applicazione che dee farsene in giudizio. Quanto alla prima, le cose da verificarsi sono il fatto e l'autore di esso, risguardato l'uno come effetto della volontà e dell'azione dell'altro. Ora di questi due dati essendo sempre noto l'effetto, e sconosciuta la cagione, ne segue che l'investigazione della verità sia riposta in una catena di argomenti di cui il primo anello è nel fatto, l'ultimo nell'autore di esso. Laonde il corpo del delitto, risguardato sotto il primo aspetto, è la base d'ogni inquisizione, e come il punto di sostegno, cui dee attenersi il giudizio di chi cammina alla scoperta dell'autore del fatto.

E' circa la seconda ragione, tratta dall'uso delle pruove, o sia dall'applicazione che di esse dee farsi al giudizio; sic-

come la sicurezza dell'innocenza è fondata sopra la verità delle pruove, così dove manchi il cardine della pruova, e per conseguente la pruova stessa, cessa nel giudice il diritto di pronunciare contra l'imputato. Questi in tal caso trovati illegalmente costituiti sotto la mano del giudice, dapoichè mancando il fondamento della inquisizione, deve egli essere garantito dalla presunzione dell'innocenza. Fra le tante leggi, di cui gli scrittori di cose criminali si sono serviti, come per argomenti della necessità del corpo del delitto, è la sentenza contenuta sotto il titolo *de confessis*, che non possa condannarsi un uomo per un fatto di cui sia dubbiosa l'esistenza (2). Sebbene una tal massima sia propria delle confessioni de' giudizi civili, nelle quali la legge presume o un giusto errore di fatto, o il difetto di volontà; purtuttavolta perchè contiene una ragione generale, può essere applicata ad ogni giudizio, che si proponesse di punire un'azione incerta o non ancora verificata. Ma sarebbe lo stesso che non

(1) *Cui regulae nequaquam adversatur D. Severi rescriptum, quo prohibetur confessiones reorum pro exploratis facinorosis habere D. L. D. Severus D. h. t. Multa enim responderi possunt, vel rescriptum intelligendum de confessione extorta, idque argumento ejus rubricae, sub qua rescriptum refertur, vel de con-*

fessione extra judicium facta, vel denique de eo casu, quo non adparet erimen, quod reus confessus est. Ad lib. 48 Digesti. tit. 16 cap. 4.

(2) *Non omnimodo confessus condemnari debet rei nomine, quae an in rerum natura esset, incertum est. L. 8 D. de Confess.*

intenderela natura d' principi delle prove, se la necessità del corpo del delitto si volesse riferire alla sola confessione, o s' interpretasse quasi come un sostegno diretto a supplir la sua fragilità. Cote sta prova cardinale è comune ad ogni spezio d' inquisizione, o ch' ella consista nelle legittime interrogazioni e nella confessione del reo, o nella prova de' testimoni, o in quella degli argomenti e degl' indizi.

Quanto poi alla prova degl' indizi, la più perfetta nel suo genere è quella che contiene una connessione necessaria tra l' effetto e la cagione, eh' è quel che dicesi *indizio indubitato*. Quando un effetto sia tale che non possa esser prodotto se non da una cagione unica, l' effetto spiega per *necessae*, come dicono gli scrittori del foro, la cagione d' onde è nato. In questo caso è manifesto che l' argomento, o indizio, parte dal fatto o ferisce immediatamente l' autore di esso. Così l' uomo che insegua un altro col ferro impugnato, che perseguitandolo entri in uno stretto senza uscita dove non sieno altro persone, che se ne ritiri fuggendo, mentrechè l' uomo inseguito trovasi ivi morto col ferro del persecutore ne' reni, questi dico è convinto d' essere stato l' omicida per un argomento, di cui le proposizioni particolari sono: l' uomo inseguito è morto pel ferro ricevuto ne' reni: dunque l' autore della uccisione è l' uomo persecutore. Se di questo argomento non fosse certa la prima proposizione nascente dal fatto, cadrebbe altresì la seconda; imperciocchè se al persecutore riuscisse sottrarre il cadavere dell' ucciso, s' ignorerebbe la qualità della morte, e mancherebbe il mezzo per investigarne l' autore.

Passando alla spezio inferiore degl' indizi, se l' effetto potesse essere prodotto da due cagioni, cesserebbero allora la conclusione necessaria, come nel caso precedente, ma ne nascerebbero una soltanto verisimile, dapoichè tratterebbesi di conoscere quale delle due cagioni abbia un maggior numero di relazioni coll' effetto. In questo caso si entrerebbe nelle probabilità, nelle quali è riposta la gradazione degl' indizi, i quali dagli indubitati discendono agli urgenti, a' gravi, a' verisimili, o a' possibili solamente.

Tornando ora all' esempio testè proposto, se nello stretto trovato si fosse un altro uomo armato, nascerebbe tosto il dubbio intorno alla cagione più probabile del delitto. Ma queste due persone erano provvedute di differenti armi, ciascuna dello quali poteva produrre una ferita o lesione diversa dall' altra. Quale sarà il mezzo per dirimere la parità delle due cagioni ugualmente probabili? Non altro che la qualità dello ferite. In questo caso dunque il corpo del delitto sarà d' un uso più importante che nel primo, imperciocchè non solamente stabilirà il fondamento dello riereche intorno all' autore del delitto stesso, ma discernerà il dubbio tra' due imputati. Che se l' uccisore involasse il cadavere, e i due imputati o s' incolpassero a vicenda, ovvero entrambi negassero il delitto, quale sarà il mezzo da portar luce nolla controversia? Da ciò apparisce manifesto che la prova generica no' delitti provati per indizi, non solamente sia la base del processo, ma a misura che gli indizi sieno più deboli divenga più necessaria, per modo che se manchi interamente, non possa essere in altra guisa supplita.

La prova testimoniale può averi come inferiore a quella degl' indizi indubitati, perchè ricavata da un mezzo che rompo la connessione fra l' delitto e l' autore di esso, e che rendo per conseguente più lunga la catena del raziocinio fra l' uno e l' altro estremo. In fatti la certezza della prova testimoniale è soggetta a due eccezioni possibili, cioè l' errore dei sensi, e la prevenzione dell' animo; sì che per virtù del principio di sopra stabilito, a misura che la prova delle *specie* più si allontanano dalla scienza originale del fatto, più cresca la necessità dell' *ingenere*, e però cote sta prova cardinale diviene indispensabile in quei reati, i quali non possono essere dimostrati se non colla prova testimoniale. In conferma di che si supponga che la prova de' testimoni versar debba circa l' autore di un delitto, che ne abbia tolto le tracce, potrebbe la sola fede al detto loro supplire ad un tal difetto? È evidente, che se l' occultamento delle vestigie del delitto volesse provarsi co' medesimi testimoni i quali depongono dell' autore di esso, cote ste due prove confonderebbonsi insieme, e verrebbe

così a mancare il mezzo d'investigare due fatti distinti, nella coerenza de' quali è riposta la dimostrazione della verità. Per l'opposito se testimoni diversi da quelli del delitto depongono dell'occultamento o della sottrazione del fatto criminoso, queste due prove, fornita ciascuna de' caratteri della verisimiglianza, possono stabilire tra loro secondo le diverse circostanze una connessione maggiore, o minore, che si approssimi alla certezza. In niun caso non pertanto una tale verisimiglianza sarebbe eguale a quella, che si avrebbe avuta fra 'l corpo del delitto permanente, e la prova specifica dell'autore di esso; imperciocchè se anche quella prova di supplimento fosse rivestita di tutti i caratteri della certezza di cui è capace, sarebbe sempre soggetta alle due eccezioni inerenti alla prova testimoniale, cioè alla prevaricazione e all' errore.

Il terzo genere di prova, nel quale resta ad esaminare la necessità del corpo del delitto, è la confessione spontanea. Senza ch'io ripeta ciò che di sopra è stato detto sul paragone di questa colle altre due specie di prova, il solo avvenimento, che fa un'eccezione alla certezza della confessione, è la determinazione possibile nell'uomo imputato di voler troncarsi la propria esistenza. Cotesto avvenimento è di una probabilità certamente minore della fallacia degli indizj, dell'errore, o della prevaricazione de' testimoni; ma perchè ne' giudizj si de' ottenere la maggior certezza, di cui la natura delle prove è capace, perciò de' il giudice da quello garentirsi. La cautela da osservare ne' casi ordinari diviene più necessaria quando l'autore del delitto ne abbia sottratto ancora le vestigie, non perchè cresca la probabilità di quel possibile che la suggerisce, ma perchè si è perduto il mezzo di scoprire le tracce che mancano. Ora se il reo che scopre il delitto noto a se solo, manifesti altresì con una narrazione verisimile e circostanziata l'occultamento, o la sottrazione delle vestigie di quello, lo stesso genere di prova, che rende certo il reato, rende

ugualmente certo il fatto aggiunto. Il reo confessa, per esempio, d'aver ucciso un uomo noto, e di avere sepolto in tale luogo la spoglia. Se quest'uomo manchi, se nel luogo designato si trovino le reliquie di un uomo morto, se l'uomo mancato nel tempo prossimo al delitto fu in compagnia dell'uccisore, se presso l'uccisore si sieno rinvenute vesti o altri oggetti che appartenevano all'ucciso, se la cagion del delitto sia verisimile; tutti questi argomenti soddisfanno la critica del giudice, e stabiliscono tra 'l fatto e l'autore di esso quella stessa connessione, che si sarebbe avuta fra 'l corpo del delitto e la confessione.

Il corpo del delitto dunque dove si tratti di convincere il reo o cogli indizj, o coi testimoni, serve a stabilire la connessione tra l'atto criminoso e l'autore di esso; e per le relazioni che stabilisce fra questi due estremi, serve come di saggio alla verità delle prove; se manchi nella prova così detta degl'indizj, non può essere quella connessione altrimenti supplita; e se manchi nella prova de' testimoni, dee esser supplita con diversa prova, senzachè giunga mai ad uguagliare quella, a cui si surroga. Nelle confessioni spontanee essendo superflua all'investigazione del reo, serve solamente come misura della veracità loro. I casi che fan dubitare della verità delle altre prove, e quelli che adombrar possono la certezza delle confessioni, sono tanto distanti fra loro, quanta è la differenza di probabilità che passa tra l'avvenimento d'una falsa congettura, o d'un testimonio falso o erroneo, e quello d'un uomo che voglia volontariamente perire. Nella mancanza delle vestigie del delitto, purchè sia escluso il possibile della morte volontaria, la confessione merita un grado di fede uguale a quella che riscuoterebbe, quando fosse vestita del fatto criminoso permanente. Stabilito l'uso del *corpo del delitto* secondo le regole della critica, gioverà ora vedere qual sia l'applicazione, che ne ha fatto il foro nella pratica de' giudizj de' rei confessi.

CAPITOLO X.

ORIGINE STORICA DEL CORPO DEL DELITTO NE' GIUDIZI.

La giurisprudenza del foro, la quale spesso raccoglie dalla dimostrazione degli esempi quello, che le teorie e i principi generali del diritto non hanno preveduto, o a cui non sono discesi, ha suggerito la prova del corpo del delitto, e ne ha dimostrato la necessità nelle inquisizioni criminali. Nel sostenere una tale origine io non mi propongo di vendicar l'onore del foro, e molto meno di servire ad una disputa di sola erudizione, perciocchè di poca utilità sarchbero, nella materia in questione, così l'uno come l'altro oggetto. Mio intento è di mostrare i veri principi di questa pratica, acciocchè non si erri nell'applicazione di essi, e non si abbandoni in quelle altre cautele, escogitate forse per adombrare l'evidenza naturale della confessione, o per favorire l'impunità.

Senza credere gli antichi meno cauti e meno retti di noi nell'investigazione della verità, ho testè dimostrato che la prova del corpo del delitto non è tra le regole scritte della giurisprudenza di Giustiniano. Ora due essendo i fonti, da' quali sono emanate le forme criminali, che costituiscono il nostro processo, le leggi romane e le canoniche; negato alle prime l'onore di questa invenzione, potrebbe forse essere attribuito alle seconde.

Le leggi canoniche sono state le prime a dare a quasi tutti i paesi d'Europa un processo regolare, quando le potestà ecclesiastiche volendo mettere un freno alle leggi barbariche e agli atroci sperimenti della età di mezzo, ed abborrendo la vendetta individuale, restituirono la regolarità dei giudizi, e temperarono il processo civile e

criminale alla forma della giustizia e della equità (1). Cotesto cambiamento intervenne verso il decimosecondo secolo, quando gli studi della giurisprudenza latina erano nuovamente comparsi negli Stati d'Occidente (2). Le leggi romane, le quali possono dirsi la dottrina ristaurata di quei tempi, non solamente cominciarono a romoreggiare nel foro degli ecclesiastici, ma formarono la parte principale degli studi loro (3). Le leggi della Chiesa, i decreti de' Concili, e i canoni giunti alle leggi romane cominciarono fin d'allora a comporre quel diritto misto, che poi nei seguenti secoli ha formato la giurisprudenza di quasi tutta Europa.

Le prime regole scritte intorno all'ordine de' giudizi criminali sono del tempo d'Innocenzo III, o sia del decimotercio secolo; epoca in cui a somiglianza del diritto, fu composto il processo canonico dal mescolamento delle istituzioni barbariche, delle forme liberali del processo romano, e delle modificazioni che queste avevano ricevuto dal governo e da costumi degli stati, a' quali se n'era fatta l'applicazione (4). In questo nuovo sistema la vendetta pubblica non poteva più riposare sulle accuse, il perchè l'inquisizione divenne il fondamento de' giudizi. Per la stessa ragione la pena della calunnia, a cui l'accusatore si soggettava, non fu più un rimedio sufficiente a guarentire l'innocenza, perchè questa ancora doveva essere difesa dagli errori dell'inquisizione, o dall'abuso, che gli uffiziali pubblici potevano farne (5). Laonde fu prescritta come prova preliminare d'ogni processo, quella della pubblica diffamazione degli incolpati (6). Nul-

(1) Van-Espen. *Jus Eccles. Univ. Pars Tertia de Jurisd. Eccles.*

(2) Fleury *Instit. Can.* parte 3 cap. 4.

Thomasio de *Origine processus inquisitorii*.

(3) S. Bernardo nel libro *I de Consideratione* al Papa Eugenio IV scrive così: *Et quidem quotidie perstreptunt in palatio leges, sed Justiniani non Domini. Justine etiam illud? Tu videris. Nam certe lex*

Domini immaculati, convertens animas; hæc autem non tam leges quam lites sunt et cavillationes, subvertentes judicium.

Vedi Du-Cange nel glossario della media ed infima latinità, alla parola *Clerici*.

(4) Titolo de *Accusationibus* delle Decretali.

(5) Vedi il capo 24 del Concilio Lateranense IV.

(6) Lo stesso luogo.

l'altra cautela oltre a questa, seppero escogitare le prime leggi canoniche, nè alcuna orma in esse trovasi del corpo del delitto.

Se dalla storia della giurisprudenza non si potesse raccogliere altri argomenti, i già addotti basterebbero a dimostrare, che non appartenendo la prova del corpo del delitto nè alle leggi romane nè alle canoniche, il solo fonte a cui dovrebbe ricorrersi sarebbe l'uso de' giudizi. Ma autorità positive, tratte da tempi seguenti, confermano una tal verità. E sebbene l'origine d'una pratica, ricevuta per consuetudine e dettata dalla varia esperienza dei tribunali, non possa riportarsi ad un'epoca certa di tempo; pur tuttavia può dirsi che ne' tribunali d'Italia ella cominciò a sorgere nello stesso decimoterzo secolo, poco appresso alla forma consolidata del processo inquisitorio. La scuola del diritto romano del decimoquarto secolo, come è stato poc'anzi avvertito, riconobbe nel testo del senato consulto silaniano il fonte, da cui per induzione erasi da' dottori del foro tratta la necessità della cennata prova (1). I criminalisti del foro di Napoli (2), e quelli de' tribunali d'Italia nei principi del decimoquinto secolo parlano di questa prova preliminare come d'una pratica già vecchia (3). Essi cadono è vero nell'errore comune che l'attribuisce alla disposizione del paragrafo *item illud* di sopra spiegato, ma quest'errore può concedersi alla critica di que' tempi, che non trovava buono altro argomento, se non quello fondato sull'autorità del diritto, la quale quando fosse mancata, se ne cercava una equivalente nelle analogie (4). Per al-

tro io non mi valgo ora dell'autorità di costoro, se non per rintracciare cronologicamente l'origine della prova in questione. Il solo scrittore esente dalla nota di quest'errore, e che non s'ingannò nell'origine del corpo del delitto, come non s'era ingannato nell'interpretazione del testo del senato consulto silaniano, fu Giulio Claro, riformatore del foro italiano nel decimosesto secolo. Questi parla della prova preliminare della pubblica diffamazione richiesta da' canoni, ed avverte ch'era già a' suoi tempi caduta in disuetudine, e che la sola cautela sostituitagli, era la prova generica del delitto (5). Sebbene sia il solo che incidentalmente abbia accennato il principio e l'origine del corpo del delitto, ciò non ostante la sua autorità basta a fissare la verità di questo punto storico. Ma una tale verità è pure sostenuta da' due seguenti argomenti. Il primo è, che sebbene il processo criminale avesse una medesima forma in tutti gli stati d'Europa, e i giudizi si regolassero quasi da per tutto collo stesso diritto, pur tuttavia l'esperienza è stata più o meno lenta a suggerire la necessità d'una tal pratica ne' diversi tribunali, ed insino quasi a' nostri tempi scontrasi un gran numero di giudizi, ne' quali ella è stata omissa, spesso col pericolo dell'innocenza, mentrechè generalmente convenivasi della sua utilità. Il secondo è, che in molti paesi che vivevano e vivono tuttora col diritto romano, tanto è lontano che le leggi comuni abbiano prescritto una tal pratica, quanto l'osservanza di essa trovavasi prescritta da statuti municipali.

Si è già veduto, che ne' tribunali d'Italia

(1) Vedi i luoghi di Bartolo e di Alessandro Tartagno, citati nelle note 3 e 4 e pag. 47.

(2) Paride del Pozzo, scrittore de' principi del XV° secolo *De Syndicatu*, nella parola *Confessio*.

Matteo d'Afflito nella decisione 176; Tommaso Grammatico nella decisione 2; e ne' Consigli criminali 15 e 60.

(3) Angelo de' Gambiglioni d'Arezzo nel trattato *de Maleficiis*, verso *Nunc videamus de tortura*.

Egidio Bossio *de Delictis*, Scrittore Milanese della fine del XV Secolo.

(4) A provare la verità di questa proposizione, basta riscontrare l'infinito numero d'argomenti di leggi, da' quali si suole ripetere la prova del corpo del delitto.

(5) *Sed certe quidquid sit de jure totum contrarium docet practica, quae communiter observatur. Juxta enim, constituto de delicto, assumit informationes in genere, ut dicitur supra questione proxima, vers. Poterit igitur, et interrogat primo testes, quos putat esse de negotio informatos, super veritate criminis, scilicet an sciant quis maleficium illud commiserit. Sent. lib. V.*

la pratica della prova generica del delitto sia stata in osservanza dal decimotercio secolo: e ciò non pertanto v'ha degli esempi del decimosesto secolo di giudici puniti per averla trascurata (1). Nel foro francese la stessa pratica era anche ricevuta (2), e pure nelle decisioni di Charonda, e negli esempi delle cose giudicate si scontrano fatti, ne quali l'errore dei giudizj nacque dalla omissione del corpo del delitto (3). Ma a che citare esempi antichi, se nel famigerato processo della signora di Chauvelin e del priore di Miseraï, non solo correvasi alla sentenza contro ad entrambi, mancando affatto il corpo del delitto, ma lo stesso de la Pivardiere, creduto assassinato da' pretesi rei, dovè contendere per dimostrare la sua esistenza? Quest'esempio s'incontra ne' più bei tempi del foro francese, quando la riforma del processo eriminale era stata già discussa dal celebre presidente Lemoignon, e mentre viveva ancora il cancelliere d'Aguessan, in una delle cui aringhe è esposto un sì memorabile avvenimento, ed è dimostrata la necessità del corpo del delitto (4). L'esempio di la Pivardiere, recherà minore meraviglia se si paragoni co' giudizj posteriori, con quello dell'infelice Monbailly torturato e bruciato nel 1770, con quelli di Calas, del conte di Morangies, di Fannin, de' quali fatti le narrazioni pubblicate in tanti scritti, mi dispensano dal ripeterle. Finalmente l'esempio di Huber, allegato pure tra' casi dell'inertezza delle confessioni, prova che anche ne' tribunali d'Olanda, il difetto di questa pratica, mise in pericolo l'innocenza dell'accusato, la cui salvezza dipese

dagli argomenti che somministrò il corpo del delitto (5).

In quanto agli statuti che hanno prescritto una tal pratica ne' paesi del diritto romano, il primo esempio è nel codice criminale di Carlo V (6), il secondo nelle ordinanze criminali di Sassonia, pubblicate nel 1612 (7), il terzo nelle ordinanze ecclesiastiche francesi dell'anno 1670 (8). Ma acciocchè l'esperienza fondata sul sistema de' giudizj sia sostenuta anche dall'esempio del solo popolo, che in Europa visse sempre con leggi proprie, giova addurre l'esempio de' tribunali inglesi, presso i quali la prova del corpo del delitto ebbe una simile origine. Matteo Hale, chiarissimo giureconsulto che raccolse e commentò gli editti regi della sua nazione, riferisce due casi di rei avuti per convinti, ed indi riconosciuti innocenti, dopo l'esecuzione della condanna. Su questi esempi funesti egli stabilisce la regola, che nei casi d'omicidio, debba prima d'ogni altro passo assicurarsi la prova del corpo del delitto (9). Tanto è vero dunque che questa pratica sia fondata sulle regole naturali della investigazione del fatto, quanto è certo essere stata ella suggerita dalla esperienza anche in un sistema di giudizj, che per loro natura escludono le restrizioni di qualunque regola. Ella in somma è dettata dalle regole stesse delle probabilità, o sia dalla misura colla quale proporzioniamo i gradi del nostro assentimento alle diverse specie di prova; sì che Leibnizio troverà tra quelle che nel foro dicevansi piene, e delle quali non può il giudizio penale dispensarsi (10).

(1) Ginlio Claro nel libro 5 delle *Sentenze* §. fin. *Pract. Crimin. quaest.* 55.

(2) Vedi la decisione 164 di Nicola Boyer, scrittore del foro francese del XV secolo, conosciuto sotto il nome di Boerio.

(3) Esempi citati nel capo VIII della Parte prima.

(4) D'Aguessan Aringa 49.

(5) Lo stesso capo VIII della Parte prima.

(6) Codice Criminale di Carlo V, arti-

colo 6.

(7) Carpovio, *Pratica Criminale*, Parte 3 quaest. 208.

(8) Héricourt *les lois Ecclesiastiques*, cap. 23.

(9) Blakstone de l'*Examen*, et de la *Conviction*.

(10) *Nouveaux Essais sur l'Entendement humain Lib. IV Cap. XVI. §. 5* Teophile.

CAPITOLO XI.

OPINIONE RICEVUTA SULLA CERTEZSA DELLA CONFESSIONE, VESTITA DEL CORPO DEL DELITTO.

Ricorrendo sempre al principio, che il consenso delle scuole di tutti i tempi, sia il primo genere d'autorità che possa scegliersi nello studio delle opinioni della giurisprudenza, io produrrò l'uniforme sentimento de' tribunali di Europa per dimostrare, che il corpo del delitto sia la sola cautela aggiunta alla confessione spontanea, e che i requisiti contenuti nel nome di *confessione vestita* appartengono, nella proprietà della lingua del foro, alle confessioni estorte e a' detti de' correi, le quali specie di confessioni maneando delle presunzioni della certezza, che nascono dalla spontaneità e dal disinteresse, debbon essere sostenute da altre prove estrinseche.

In quanto a quel che si è pensato su tal materia ne' tribunali di Napoli, si è chiamata confessione *nuda* quella, che non abbia il fondamento del corpo del delitto. L'ipotesi comune, sotto la quale è proposto l'esame di tale specie di confessione, è quando il reo confessi d'aver ucciso un uomo, e di averne involato il cadavere. In questo caso dee il giudice stare alla sola confessione, ovvero dee verificarne le circostanze? Uno de' primi, che abbia promosso una tale controversia fu Paride del Pozzo, scrittore patrio de' principi del decimoquinto secolo, anteriore a tutti i nostri decisionisti. Propose egli una tal controversia per lo caso della confessione estorta, la quale mancasse del corpo del delitto, e sebbene fondato avesse tutti i suoi argomenti sulle autorità delle leggi, che o non parlano del corpo del

delitto, o sono relative a' giudizii civili ed a' penali, pur tuttavia la conseguenza che ne ricavò è per se stessa vera, e però merita d'essere stabilita come un canone delle inquisizioni eriminali. La regola è, che le confessioni debban essere conformi al fatto e verisimili, il perchè i giudici debbono verificarlo. Quindi se il reo dica d'aver ucciso un uomo in un luogo designato, dee il giudice mandare in quel tale luogo a verificare se vi sia l'uomo morto, o almeno le reliquie di lui, onde si assieuri che il reo non abbia confessato il falso per timore de' tormenti (1). Senza disputare, se possa farsi l'applicazione di questa opinione alle confessioni spontanee, certa cosa è che non solamente la confessione spontanea, ma l'estorta vestita del corpo del delitto sia nel senso dell'autore un genere di prova, che contiene il massimo grado di certezza, e contro alla quale non valga qualsivoglia altra eccezione. Se io citassi questo luogo per fondare sopra la sola sua autorità il peso e la certezza della confessione, nasconderei quell'altro luogo dello stesso Paride, che proponendo a' giudici per modello l'acume di Salomone nel giudizio della divisione del fanciullo, eommenta l'esempio di quel magistrato, che volendo estorquere da una donna indiziata la confessione del delitto, la trasse alle confidenze dell'amore, ne ottenne così la confessione, ed indi ripigliando la persona di giudice la mandò alla morte (2). Una confessione di questa natura, nulla pe' mezzi pei quali fu estorta, e per l'errore nel quale

(1) Paris de Puteo de *Sindicatu in verbo Confessio*, quoniam saepe etc.

Et dixit Baldus in l. Quoniam, quod istae confessiones debent esse conformes, continentes verisimilitudines, et propterea assessores debent caute agere, ut non credant confessionibus judicialibus, nisi verificent ipsas, quia si dicat reus occidisse hominem in tali loco, debet mittere ad locum, si est ibi homo mortuus, vel si sint ossa ibi sepulta, ne forsan ille confessus fuerit terrore tormentorum, et falsum dixerit.

(2) Idem in verbo *fortura*. Versu: Et

advertendum: et advertendum est, quod iudex pro investiganda veritate, et maleficio inveniundo, debet esse subtilis investigator, per text. etc. Nam quaedam domina delenta erat ex causa, quia dicebatur quod fuerat in morte viri machinata, et nil poterat probari. Regens fecit eam ad se evocari secreta in Camera, et dixit quod volebat eam habere in suam, et finxit illam osculari, et cum ea ratiocinando et pollicendo liberationem, confessionem extorsit de homicidio viri, quae deinde fuit decapitata.

fu fatta, renderebbe oggi egualmente sospetta la probità del giudice che la procurasse, e la critica dello scrittore che la commendasse. Ma siccome mio proposito è d'investigare l'origine storica della opinione ricevuta nel foro; così produco l'autorità di Paride, come quella che trasse dietro di sé il giudizio degli scrittori posteriori.

Negli altri tribunali d'Italia la stessa controversia fu proposta ed esaminata nella medesima specie di fatto. Angelo de Gambiglioni d'Arezzo ed Egidio Bossio milanese, che furono nel decimoquinto secolo i regolatori del foro italiano, trattarono anche della necessità di verificare le circostanze della confessione, quando questa mancasse del corpo del delitto; ed il caso sotto del quale ne parlano è parimenti quello della confessione estorta (1). E tanto questo caso nella loro ipotesi è diverso dalla confessione spontanea, quanto Bossio sostenne doversi negare al reo spontaneamente confesso anche il termine per le difese (2).

Tornando alle opinioni del foro di Napoli ne' tempi seguenti, Tommaso Grammatico parlando della confessione spontanea, osservò che quando questa fosse accompagnata dalla prova del corpo del delitto, i giudici non dovessero deludere l'aspettazione pubblica, nè violare la disciplina, differendo la pena, o vagando nell'esame della solennità e del rito dei giudizi (3). Dove poi lo stesso autore parla delle confessioni estorte, prevede il ca-

so della mancanza del corpo del delitto, fa menzione di ciò che prima di lui aveva scritto Paride, ed avverte la necessità che le confessioni estorte sieno verisimili, perciocchè la fallacia della tortura è una presunzione contraria alla verità, che il giudice dee rimovere (4).

Coteste opinioni, sono conformi a' giudicati de' tribunali d'Italia del decimosettimo e del decimottavo secolo, siccome apparisce dalle decisioni ed autorità dei principali criminalisti di quei tempi, Prospero Farinacio (5) Pietro Caballo (6) e Sebastiano Guazzini (7). Infine una tal dottrina è confermata dalla giurisprudenza ricevuta nel tempo a noi più vicino. Francesco Maradei, uno degli scrittori di più sano giudizio, che abbiano trattato le cose pratiche del foro, dopo di avere stabilito la necessità del corpo del delitto (8), propose la medesima controversia, già trattata da Claro, cioè se la sola confessione basti alla condanna, nella soluzione della quale seguí pure la stessa distinzione. Se si tratti dell'estorta, volle che tanto si dovesse prestar fede alla confessione, quanto questa convenisse colla verità, e colle circostanze in essa espresse: l'esempio allegato di tali circostanze è quando si rinvenga o il cadavere, o le reliquie dell'uomo ucciso e sepolto. Dove poi si tratti della spontanea, questo scrittore dice essere fuori dubbio, che la confessione anche non preceduta da altri indizi, e non seguita da altra ratifica, basti per se sola alla condanna (9). Carantonio di Rosa scrittore

(1) Angelo d'Arezzo de *Maleficiis in verbo et vestem coelestem*.

Bossio de *Delictis*.

(2) Bossio de *Confessione*.

(3) *Quod ubi constat de maleficio, iudices debent esse prompti ad puniendum, nec debent multum ponderare omnes juris solemnitates, quia favor publicae disciplinae suadet ut maleficia puniantur*. Grammat. consil. 4 n. 49.

(4) Consil. 16, 37, 60.

(5) *Dic ergo esse in hoc articulo distinguendum inter confessionem factam sponte, et eam quae facta est tormentis. Nam si quidem est facta sponte, tunc unica confessio judicialis sufficit ad condemnandum. Et haec est communis et quasi omnium opinio*. Lib. 5 § fin. quaest. 65.

(6) *Theor. et Praxis criminalis de in-*

quisit. quaest. 1. 2, de delictis et poenis, quaest. 21.

(7) Centuria 3. Caso 255, Difesa IV.

(8) *Tractatus Criminalis analit.* cap. 1.

(9) *Verum tali confessioni fides erit adhibenda si veritati conveniat, nempe si omnes circumstantiae in confessione expressae sint consentaneae cum dicta confessione, ut scilicet locus sepulturae illius interfecti, omnia vulnura, et percussiones ipsius occisi, et similia etc. Illud extra controversiae aleam repositum videtur, quod confessio sponte facta absque tormentis, vel metu tormentorum, etiam nullis praecedentibus indiciis, sufficit ad condemnandum contentum, absque aliqua ratificatione*. Tract. crim. analit. cap. 19 de poenis temperandis.

alquanto posteriore, discute i casi, nei quali possa supplirsi al difetto del corpo del delitto, propone gli esempi di decisioni di rei confessi, che avevano involato le tracce del reato, e indica ne' casi ordinari del fatto permanente la necessità della prova del corpo del delitto, senza del quale chiama *nuda* la confessione (1). Sin qua le opinioni de' tribunali d'Italia, e lo stile del loro giudicare. Non è stata diversa la giurisprudenza de' tribunali esteri.

Nell'antico foro francese, gli esempi delle cose giudicate di sopra riferite, le decisioni di Boyer (2), il discorso di D'Aguessau (3) dimostrano quanto tardi fosse stata ivi introdotta la cautela del corpo del delitto; tanto è lontano, che la confessione vestita contenere potesse altri diversi requisiti. Per l'uso di giudicare della Germania, Carpzovio dopo di avere stabilito le dottrine de' criminalisti italiani riferite di sopra, e dopo di avere spiegato la teoria del corpo del delitto, contesta che sulla sola confessione s'ornata di questa prova preliminare, ch'egli chiama *nuda*, era in quei tribunali ricevuta la pena straordinaria (4). Lo stesso autore distingue dalla confessione spontanea l'estorta; mette la prima nella classe delle prove che costituiscono il notorio, quando sia congiunta col corpo del delitto; suppone nella seconda la mancanza del corpo del delitto, e richiede che sia verificata in tutte le circostanze, che o possano supplire ad un tal difetto, o possano almeno renderla verisimile (5). Esamina inoltre il diverso peso che la confessione ha ne' delitti di fatto permanente, e in quelli che non lascino traccia di sorte alcuna, o ne' delitti occulti, ne' quali la verità della confessione de' esser sostenuta

anche da altri argomenti estrinseci. Finalmente stabilisce quel principio ch'è necessario a frenare lo scetticismo nelle prove, cioè che i dubbi non debbono oltrepassar mai quella certezza, di cui è capace la natura del fatto (6).

In contraddizione di questi principi, Samuele Cocceio in una delle dissertazioni *proemiali*, discute il peso della confessione, e stabilisce che la sola confessione non basti alla condanna, ma che debba costare del fatto criminoso, perciocchè la confessione non crea il delitto. Sin qua la sentenza di Cocceio è giusta, ed è conforme alle opinioni ricevute. Ma egli aggiunge, che la confessione debba esser vestita degl'indizi, soprattutto ne' delitti occulti, e qui Cocceio si riferisce all'autorità di Carpzovio (7). Nel luogo citato di Carpzovio si dice, che la confessione del delinquente contro al socio del delitto non sia efficace neppure alla tortura, se non sia vestita di altri indizi. Or se di tale specie di confessione ha inteso parlare Cocceio, come pare (perciocchè l'esempio che ne dà, è di due complici dell'adulterio), l'autorità di lui concorre con quella degli altri; che se abbia inteso di limitare la fede delle confessioni in generale, l'opinione di Cocceio è confutata dall'autorità di Carpzovio, sul quale ha voluto quell'autore fondarla.

Ne' tribunali di Spagna sono ricevute le medesime teorie, e le opinioni finora allegate. Lorenzo Matthieu mentrebbe confermarle tuttocchè, che l'esposte autorità contengono sulla certezza delle confessioni spontanee, e sulla pronta condanna che dee seguirle (8); quando poi parla delle confessioni estorte, ripete la necessità di verificarne le circostanze (9).

(1) *Ita quippe confessio sine delicti corpore nuda dicitur, idcirco inefficax, ut ex modernis Guazzini, etc. Criminalis decretorum praxis lib. 1. cap. 5. n. 42.*

(2) Decis. 164.

(3) Aringa 49.

(4) *Prax. Crimin.* Pars 2, quaest. 60 n. 9, 34, 35, e 38.

(5) Pars 2, quaest. 57.

(6) Pars 3, quaest. 126.

(7) *Neque criminis confessi certitudo alia requiritur, quam quae haberi potest.*

Pars 2 quaest. 57.

(7) *In criminalibus enim confessio sola non sufficit ad condemnationem, immo nec ad torturam, sed de corpore delicti constare debet: confessione enim sua nemo facere potest delictum, ubi non est; sed praeterea indicibus vestita esse debet, maxime in delictis occultis.* Parte 2 quist. 57, Dissert. Proem. XII, Lib. VI, §. 683.

(8) Controversia 2, num. 11.

(9) Controversia 35, num. 16.

Finalmente tanto è vero che, sotto la denominazione di confessioni vestite, vengano propriamente le estorte, e quelle dell'un correo contro dell'altro, quanto il foro seguendo i principi della critica di sopra stabiliti, ha distinto per la confessione spontanea i casi, ne quali la mancanza del corpo del delitto non debba nuocere alla sua verisimiglianza. La dottrina ricevuta nel foro è, che il corpo del delitto sia una prova indispensabile ne' delitti che lasciano tracce permanenti, e che in tal caso il fatto criminoso debba esser provato, come dicesti, per l'evidenza stessa del fatto, o sia per l'ispezione che ne fanno i periti. Volendo riferire questa prova ad uno de' tre generi di sopra stabiliti, ella appartiene alla classe degli argomenti indubitati, o sia degli indizi necessari, per mezzo de' quali si conchiude, per esempio dalle ferite mortali all'esistenza del delitto. Nel caso poi che il reo tolga cogli stesso di mezzo le tracce del delitto, è ricevuto che il fatto si abbia come di diversa natura, e che entri nelle spezie de' delitti di fatto non permanente. Allora non si richiede più la prova per ispezione, poichè sarebbe lo stesso che dichiarare impuniti tali delitti, ovvero negare alla critica umana i mezzi d'investigargli. Gli stessi scrittori del foro osservano, che questa conseguenza conterrebbe un assurdo contrario alle regole del criterio comune, e pericoloso per gli effetti, perciocchè l'impunità sarebbe concessa a' delitti i più atroci, commessi con un maggior grado di dolo; il perchè stabiliscono che il giudice riguardando l'occultamento o la sottrazione del fatto criminoso, come un appendice di delitto, debba provarlo con quel genere di pro-

va, di cui è capace la natura stessa del fatto. Coteste prove di supplimento si riducono, o agl'indizi di secondo ordine, o a' testimoni. Laonde n'è sorta la regola comune, che il corpo del delitto si provi *aut per evidentiam facti, aut per testes, aut per indicia*, la quale regola non è contraria al principio ricevuto, che il corpo del delitto non possa essere supplito da qualsivoglia prova, perciocchè tal principio ha luogo, quando si volesse trasportare da un genere all'altro le prove che convengono a' fatti di vestigie permanenti ed a quelli che non lasciano alcuna traccia, o quando potendosi ottenere la prova per l'ispezione, si ricorresse alle altre di supplimento (1).

L'esperienza del foro dunque conferma la verità de' principi generali, esposti di sopra, intorno alla necessità del corpo del delitto, vale a dire lo richiede nelle confessioni, come in tutte le altre spezie di prove: in ciascuna di esse è un dato preliminare dell'inquisizione, d'un uso maggiore o minore, secondo la maggiore o minor probabilità de' possibili, che ne attaccano la certezza. L'esperienza medesima ripone il massimo grado di certezza nella coerenza del corpo del delitto colla prova del fatto particolare, ma invece di esigere nelle confessioni spontanee maggiori requisiti, dispensa più facilmente alla necessità di questa prova cardinale, quandochè per la natura del fatto non potesse ottenersi. Finalmente per una giusta differenza tra le confessioni spontanee e l'estorte, ha stabilito per le seconde taluni caratteri di verisimiglianza, e certe particolari cautele, delle quali ha esentato le prime.

(1) Giulio Claro nel libro 5 delle *Sententiae* quaest. 55, num. 11.

Grammatico consiglio 16, n. 4. e 5.

Decisione 29, del Regente Salernitano.

Pietro Caballi, *Resolut. Criminal.* ca. 255 n. 3, 4, 5.

Sebastiano Guazzini *defensio* IV, cap.

3, 4, 8.

Corpus delicti an suppleatur per confessionem delinquentis.

Carlantonio de Rosa, *Praxis Criminalis* lib. 1, cap. 1, num. 21, e cap. 5, num. 23.

CAPITOLO XII.

ERRORI DEL FORO NEL MODO D'INTERPRETARE LA CONFESSIONE TESTITA.

Sebbene tutti i caratteri della credibilità, di cui può esser capace la confessione, sieno spiegati dalle qualità di *spontanea* e di *giudiziale*, purtuttavolta gli scrittori pratici del foro hanno trattato della verisimiglianza, come d'una qualità particolare delle confessioni; e di questo carattere intrinseco d'ogni pruova, a discernere il quale la critica somministra i mezzi, han formato il soggetto di certe regole positive, che si chiamano requisiti della confessione. Ora il mezzo più atto a dirimere tutte le controversie, che si fanno circa l'interpretazione di tali pretesi caratteri legali, è il ripetere il paragone fra i requisiti della confessione e quelli della pruova testimoniale, perciocchè l'analogia conduce spesso volte allo scoprimento de' principi, specialmente quando l'ignoranza di essi abbia dato luogo alle citate controversie.

1.° Dicesi in primo luogo, che la confessione debba mostrare la volontà ed il consenso del reo di gravare se stesso. Da tal principio si è fatta nascere la questione circa il modo d'interpretare gli effetti della volontà. Donello interpreta la necessità del consenso del reo in quanto serve, alla nuda testimonianza del fatto, che narra (1). Altri scrittori pretendono, che il consenso debba contenere l'antivedimento di tutti gli effetti della confessione (2). Sebbene Donello parli de' giudizi civili, purtuttavolta se si volesse applicar la sua autorità anche a' criminali, troverebbesi ugualmente vera in questi come in quelli. Imperciocchè meno della volontà, il senso morale che la muove e governa suggerisce la confessione. Ora il consenso che presta il reo nella narrazione del proprio delitto, tiene nella confessione quel luogo, che nel detto de' testimoni prende l'integrità de'sensi e la retta percezione. Quindi la confessione non grava quelli che mentiscono, o che errano nel fatto per un

vizio morale o fisico che sia. Ma niente sarebbe più assurdo, che il pretendere la piena deliberazione del reo circa la conseguenza della propria confessione, dappoichè la fredda e matura deliberazione potrebbe solamente convenire, o a chi volesse ragionare sulla necessità di soggettarsi alla pena, o ad un uomo follo, che scegliesse la morte, senza saperne rendere a se stesso ragione.

2. Il secondo requisito è, che la confessione sia proceduta dall'inquisizione. Questa consiste o negli argomenti già acquistati della reità, se voglia il reo interrogarsi sul delitto, o nelle sole interrogazioni fuori della causa del delitto, se da queste creda possibile il giudice, che il reo prenda occasione di confessarlo. Ora il difetto di questo requisito darebbe luogo ad una delle due congetture, cioè, o che la confessione fosse tutta altronea, ovvero che fosse l'effetto della suggestione. Ma se entrambi i cennati vizi si scontrassero in una pruova di testimoni, essi le toglierebbero ogni fede, perciocchè la legge rigetta la testimonianza altronea (3), e per una ragione più forte condanna quella promossa dalla suggestione, veduta la facilità maggiore, colla quale si può portare il testimonio alla menzogna (4). Adunque questo requisito non è nelle confessioni spontanee diverso da quello che è nel detto de' testimoni, e per essere valutato, non richiede nell'un caso regole maggiori, che nell'altro.

Gli anzidetti due requisiti sono un esempio de' molti che si adducono dagli scrittori del foro, i quali vorrebbero impegnare l'investigazione del giudice ad una doppia disamina, cioè alla verisimiglianza della confessione in se stessa, e alle cagioni morali che han potuto dettarla. A coteste cagioni appartengono la malinconia, il tedio della vita, la millanteria, e le altre simili, di cui è stata esaminata di sopra la

(1) Donello *ad tit. Digest. de Confessione*.

(2) Einnecio nella dissertazione citata.

(3) L. 3 §. 3 D. *de Testibus*, l. 3 C. *de testibus*.

(4) L. 1 D. *de Quaest.*

probabilità. Si può dunque concludere, che a discernere la verisimiglianza della confessione spontanea, non debbano e non possano stabilirsi regole diverse da quelle, che la critica e la legge stessa usano per valutare la credibilità delle altre specie di prove, non perchè le regole positive possano accogliere principi contrari alla verisimiglianza naturale, ma perchè l'autorità e l'esempio de' casi e delle opinioni particolari conducono spesso a falsi raziocini e ad erronee applicazioni. Nella prova de' testimoni il detto di due che abbiano una scienza originale del fatto, fa una prova convincente. Nella stessa prova il detto di due testimoni ehri, furiosi, interdetti nell'uso de' sensi, o privi della libera volontà non fa prova alcuna; purtuttavolta cotesti vizi costituiscono una eccezione che non distrugge la regola; sì che nel senso generale di questa

regola è sempre vero, che due testimoni formino una piena prova. La legge dopo di avere antiveduto la possibilità dell'eccezione, dice a' giudici *voi soli veder potete quantafedesia daprestarsi al detto de' testimoni* (1). Ora perchè nel caso d'una prova più immediata e più originale di quella de' testimoni, non debbesi enunciare ne' medesimi termini che la confessione spontanea contenga la convizione del reo? Perchè di quei requisiti, che nelle altre specie di prove formano il soggetto della critica de' giudici, pretendesi fare delle regole certe ed inflessibili per tutti i casi? Perchè si desidera primamente nella confessione la qualità di verità, ed indi si erra o si cavilla per trovare ogni specie di confessione nuda, o sfornita d'un verisimile legale, che è sito fuori del sano giudizio e della comune esperienza?

CAPITOLO XIII.

ERRORE DEL FORO, CHE ESCLUDE LA CONFESSIONE DALLE SPECIE DI PROVE.

Non è oggi chi non convenga nel definire ogni prova in generale, come la dimostrazione d'un fatto incerto, e che non ripeta le varie specie di prove dalla triplice sorgente, o della voce stessa del reo, o dell'osservazione de' testimoni presenti, o delle vestigie del fatto stesso.

In quanto alla confessione, il mezzo da ottenerla sono le interrogazioni legittime, mentrè l'inquisizione è l'istrumento dal quale si raccoglie la prova de' testimoni, e quella degli argomenti. È falso dunque il giudizio di coloro che escludono la confessione dal numero delle prove, e la definiscono come una cosa ch'essenti l'accusatore dal peso di provare. Cotesta opinione surge a' tempi della terza scuola della giurisprudenza, per una analogia di ragione tratta da una legge, la quale dichiara inutile la scrittura quando abbiasi per prova d'un contratto la con-

fessione (2). Un tale testo non solamente non esclude la confessione dal numero delle prove, ma dice per contrario, che dove si abbia la prova maggiore, diviene superflua la minore. Del resto, che questa controversia siesi proposta da' pratici, reca minor meraviglia, che il leggerla in Antonio Matthaei, il più sensato interprete del diritto criminale (3).

Non è meno notabile l'opinione del moderno giurisperito milanese Paolo Rizzi, il quale mentrè ha negato quasi ogni fede alla confessione spontanea, ha voluto anche separarla dalla classe delle prove per lo principio che il peso di provare spetti all'accusatore (4), come se cotesta obbligazione reggesse ancora quando il fatto sia d'altra parte certo; o come se si trattasse di una prerogativa dell'accusatore, cui non deesi derogare. Il citato scrittore essendo stato uno de' primi a concor-

(1) L. 3 D. de Testibus.

(2) La legge dalla quale l'analogia è stata tratta, è la l. 5: *Cum te transigisse C. de Transactionibus*.

Vedi Giasone Mayno nella detta legge.

(3) Vedi Antonio Matthaei al libro 48 del Digesto titolo 15, cap. 7.

(4) Paulli Rizzi J. C. *Animadversiones ad Criminalem Jurisprudentiam pertinentes*.

rere alla riforma degli abusi del foro criminale, ha trattato ogni argomento col fuoco che gli dettava la causa dell'umanità, lasciando forse alle leggi e all'esperienza la cura di determinare le vere opinioni tra i due estremi, a quali tenevansi i fautori dell'una e dell'altra parte. Ma una tal controversia comunque sia risolta, non diminuisce la fede dovuta alle confessioni; anzi lo stesso Antonio Matthaei che sembra escluderla dalle prove, è fra gli interpreti quello che più deferisce al

peso della confessione spontanea. No ho fatto dunque menzione, solamente perchè non si trasse un argomento sfavorevole dalla distinzione, che le nega la natura di prova. Così senza entrare in una più lunga discussione di siffatto argomento, basta a mio credere alla sua confutazione il rimettere la decisione della controversia alla definizione stessa delle prove, e all'autorità degli scrittori di più sano giudizio, a' quali non è sfuggito l'errore e l'assurdità della cennata opinione (1).

PARTE TERZA

CAPITOLO I.

ESAME DELLE OPINIONI CONTRARIE ALLA CERTEZZA NELLA CONFESIONE.

Due declamatori latini, Quintiliano e Calpurnio Flacco, furono i primi a spargere dubbio sulla certezza delle confessioni spontanee, e la opinione loro è stata presa dai moderni, come il tema di tutti gli scritti che sono apparsi in difesa della umanità. Essi spinsero il dubbio insino a sostenere che la confessione, come contraria a' diritti della natura, dovesse essere rifiutata anche quando i rei venissero spontaneamente ad offerirla. Cotesta estrema opinione somiglia al paradosso di Anassagora: *Anaxagoras nivem nigram dixit esse, ferres tu si ego idem dicerem? tunc si dubitarem quidem. At quis est hic? num Sophistes* (2).

La filosofia e l'eloquenza, ebbero in Grecia ed in Roma un periodo simile di declinamento. In Grecia i sofisti, convertirono come dice Cicerone le scuole in officine di sapienza, diedero agl'ingegni mediocri l'opportunità di filosofare e di dissetare, e sparsero così sopra tutti i sistemi

delle scuole antiche il velo della probabilità. L'eloquenza piegossi al gusto della filosofia, e prese il contagio de' medesimi vizi, il perchè cominciarono ad ammirarsi in quest'arte più la facilità e la versatilità, che l'utilità de' soggetti, la solidità degli argomenti e le regole del gusto. Surse in somma la classe de' sofisti, de' retori o dei declamatori, i quali furono una specie di quei trovatori provenzali, che nel risorgimento delle lettere e nel ristabilimento delle lingue volgari, venivano a smaltire nelle città d'Italia la facilità e la prontezza di declamare in prosa ed in verso sopra ogni sorta di argomento.

L'ultima epoca della filosofia e dell'eloquenza romana fu contrassegnata dallo stesso vizio, il quale surse immediatamente dopo i tempi di Cicerone e fu sempre compagno degli studii romani ne' secoli seguenti. Fu però tra i sofisti greci, ed i latini quella medesima distanza, che era passata tra la filosofia dell'una e dell'altra

(1) Vedi Decio nella citata legge 5 C. de *Transact.*

Mascarlo de *Probationibus quaest.* VII.

Pietro Caballo caso 68 n. 8, 9. Seb. Guazzini *Difesa* 23.

(2) Cicerone *Acad.* 4. 23.

nazione. I sofisti nacquero in Grecia dal seno della filosofia, laddove in Roma furono solamente figli della dialettica. Quindi i soli parti che ne abbiamo, sono le *suasorie*, le controversie, e le declamazioni, falso onore di esercitazioni, le quali furono giustamente riguardate come una delle cagioni della corruzione della eloquenza dall'autore del celebre dialogo che versa circa tale argomento (1). Se cotesto dialogo è di Quintiliano, il giudizio ch'egli dà delle declamazioni, somministra una prova per dimostrare, che non può egli essere l'autore dell'una e dell'altra opera. Ma anche per verità gli eruditi, (e tra questi Gherardo Vossio e Pietro Burmanno) han dimostrato che non possano attribuirsi a Quintiliano le declamazioni, le quali sembrano piuttosto essere un aggregato di discorsi di diversi autori (2). Del resto messe da banda coteste discussioni critiche, il luogo della declamazione 314 o si applica o s'interpreta malamente, perciocchè il caso circa il quale versa, è il seguente :

1.° Un reo di parricidio essendo stato assoluto per difetto di prove, cominciò dopo la sentenza d' assoluzione ad andar in furore ed a gridare: *padre mio io l'ho ucciso*. Il giudice prendendo questa per una confessione lo sottopose nuovamente al giudizio, e condannollo all' ultimo supplizio (3). Il declamatore fa un contrapposto di due discezzazioni, una a pro di questa protesa confessione, e l'altra contra. Nella prima obbietta *ma mi dirte che non si debba avere per confessione se non quella che venga da un uomo sano*, e confutando una tale obbiezione osserva che la distinzione non è nella legge, e che debba dirsi *confessione* qualsivoglia manifestazione fatta dal reo contra se medesimo.

Auzi tal essere l'indole d'ogni confessione, che debba considerarsi come fuori di ragione colui che l'ha profferita, perciocchè altri v'è spinto dal furore, altri dall'ebrietà, altri dal dolore, altri dalla tortura. In somma dee aversi per vero, che alcuno non parli contra se medesimo, se non costretto da qualche esterna cagione (4). Il genere del discorso, il soggetto e gli argomenti scoprono la fallacia di questa sentenza, la quale però non è fra le due contrarie quella, che il declamatore sostiene. Ciò non pertanto prendendola anche alla lettera è facile il confutarne i motivi.

La cennata sentenza distrugge il principio morale della coscienza, presuppone tutte le confessioni dettate da un' alterazione dell' anima, e dà ad intendere che la legge riceva come confessioni le accuse anche false che il reo faccia contra se medesimo. Ma la legge dichiara nulla la confessione dettata dal furore e dalla ebrietà per una ragione che non offende la natura della prova; imperciocchè richiede per espresso requisito il concorso della volontà di colui che confessa, suppone come a tutti comune il senso della coscienza, e distingue questa cagione da tutte le altre coazioni estrinseche; il perchè diffida di quelle provocate dal dolore, e mette sotto una specie diversa quelle estorte dalla tortura, da qualsivoglia genere di tormento, o dalle minacce.

2.° Calpurnio Flacco nel caso della falsa confessione di sopra citata (5) sostiene che nell'appellazione prodotta dal figliuolo la persona di lui non debba essere considerata come estranea al giudizio della madre, che la confessione volontaria debba aversi come sospetta, che non possa chiamarsi confessione l'espressione del dolore,

(1) L. XII cap. XI.

(2) Quintiliano colle note di Burmanno. Tiraboschi della Letter. Ital. lib. I cap. 3.

(3) *Parricidii reus paribus sententiis absolutus, fure coepit et dicere per furorem frequenter. Ego te pater occidi. Magistratus tamquam de confesso suppliciumumpsit, reus est caedis.*

(4) *At enim confessio habenda non est, nisi quae a sano proficiscitur. Non video cur ad hanc interpretationem deducatur*

vis iustus verbi, quod lege comprehensum est. Ego enim confessionem existimo qualemque contra se pronuntiationem, nec me scrutari lex jubet, qua quis causa confessus sit. Immo ea natura est omnis confessionis, ut possit videri demens, qui confitetur de se. Hic furore impulsus est, alius ebrietate, alius dolore. quidam quacunque. Nemo contra se dicit, nisi aliquo cogente.

(5) Capo VIII della Parte Prima.

e che il più bell'ufficio di umanità, sia il dare la vita e chi la ricusa (1). Quantunque le osservazioni testè fatte circa le pretese declamazioni di Quintiliano, conven-gano egualmente a quelle di Calpurnio Flacco, purtuttavolta i piccioli frammenti di questa declamazione contengono principi e sentenze vero, delle quali si contorce il senso, quando vuolsene fare una autorità contraria alla certezza della confessione. È giustamente sospetta la confessione volontaria, o sia quella che viene a fare una persona non indiziata del delitto e non interrogata dal giudice. Coteso sospetto acquisterebbe la forza d'un indizio, se si presentasse come cagione verisimile della confessione un dolor morale tanto grave, quanto quello della donna descritta nell'esempio di Calpurnio.

3.° Fra i temi presi dagli scrittori moderni contra le confessioni, è l'autorità di Tommaso Hobbes, il quale, sostenendo la nullità delle obbligazioni contratte contra i diritti della natura, dice: *che sia nulla quella testimonianza, la quale si suppone preemuta dalla natura stessa* (2). Coloro i quali hanno citato questa parte sola del luogo d'Hobbes hanno fondato un argomento su di un equivoco che nasce dalla concessione stessa della sentenza, distaccata dal suo testo. L'autore in questo luogo parlò de' patti, che un uomo può fare contre i diritti naturali, sia della propria persona, sia di coloro co'quali ha un vincolo di sangue; e per esempio adduce, che alcuno non è tenuto di accusare se stesso, o di fare testimonianza contro el genitore, al coniuge, a quello da cui riceve gli alimenti. Infine soggiunge una ragione che non è il principio morale della sentenza, ma ne è la spiegazione,

cioè che sarebbe inutile una testimonianza, che lo stesso sentimento della natura rende parziale.

Vale a confermare una tale interpretazione la continuazione stessa del testo dell'autore; dacehè egli dice che sebbene non regga il patto, con cui taluno si obblighi di accusar so stesso, pur tuttavolta è tenuto il reo di rispondere alle interrogazioni del giudice, quando si adopera la tortura affin di rompere il silenzio di lui. Ora se tanta filosofia avesse portato Hobbes nel difendere i diritti de' rei, quale contraddizione non conterrebbe la sua opinione, se rigettata la confessione volontaria, riconoscesse nel giudice il diritto di strappare co' tormenti dal reo stesso i mezzi per attentare contro alla vita di lui?

4.° Samuele Cocceio, in quel luogo delle dissertazioni proemiali sopra Grozio che ho riportato di sopra, riveste di tante condizioni la certezza delle confessioni, che il sentimento suo può essere risguardato, come una delle opinioni contrarie a questa specie di prova. Ma siccome egli scrivendo nel senso del foro, allega un'autorità che gli è contraria e non fonda sopra altra ragione la sua opinione; così questa cade da so medesima, senza bisogno d'altra confutazione (3).

5.° Un gran numero d'uomini celebri, che sin dalla metà del secolo passato si occuparono di riformare il foro criminele, impugnarono la certezza delle confessioni; o qui cade l'occasione di dimostrare, che le opinioni loro, meramente accademiche, non distruggano la forza degli argomenti morali, sopra i quali è fondato il peso e l'autorità di questa specie di prova. Ma perchè da un'opinione particolare non si tragga conseguenza al me-

(1) *Subito fortuna sicut solet, ipsa suis numeribus invidit. Alius pro alio agere non potest. Alius est ergo qui filius est? Confessio voluntaria suspecta est. Confessionem sceleris adpellas vocem doloris? Misericordiae maximum munus est servare nolentem.* Declam. 41.

(2) *Frustra enim est testimonium, quod a natura corrupti praesumitur.* Hobbes libertas cap. II. §. XIX.

(3) *Similiter neque tenetur quisquam pacis ulli ad se accusandum, vel alium,*

cuius damnatione vita sibi acerba futura est. Itaque neque pater in filium, neque conjux in conjugem, neque filius in patrem, neque quisquam in eum, sine quo ali non potest, testimonium dicere obligatur; frustra enim est testimonium, quod a natura corrupti praesumitur. Quamvis autem pacto ad se accusandum aliquis non teneatur, in quaestione tamen publica ad respondendum, cruciati cogi potest. Hobbes loco citato.

rito degli autori, ed essi non sieno fraudati della gloria d'essere stati i riformatori del foro criminale, è necessario di qui ripetere ciò che è stato già accennato, cioè che la parzialità con cui questi scrittori trattarono la causa dell'umanità, fu necessaria in quei tempi, onde le nuove opinioni vincessero i pregiudizi confermati dall'autorità e dal tempo. Per conseguente nulla si toglie loro della stima e della riconoscenza pubblica, se consolidata la vittoria e finita la necessità della contesa, si cerchi ora di togliere la preponderanza dell'impunità, restituendo la bilancia della giustizia in quel difficile punto dell'equilibrio.

Uno degli scrittori italiani, che dopo l'opera de' delitti e delle pene abbia più contribuito alla riforma, è stato il giuriconsulto Paolo Rizzi, che nelle osservazioni intorno alla giurisprudenza criminale, esamina la forza della confessione (1). Costo scrittore nell'articolo generale della confessione sembra voler dimostrare, che quando sia quella sfornita del corpo del delitto non basti alla sentenza. Nell'articolo poi de' giudizi capitali sembra contraddirsi, perciocchè imputa a confutare la massima, che il reo confesso s'abbia ad avere come giudicato. Ei dice che una tal massima debba intendersi secondo la pratica del foro romano, dove la confessione del reo era reputata non una prova, ma un grado maggiore di convinzione che s'aggiungeva alla prova dell'accusatore; ed interpretando la forza delle confessioni ne' giudizi romani, soggiunge: « è impossibile che la sola confessione del reo unita al corpo del delitto potesse portar il giudice ad una sentenza capitale, giacchè il corpo del delitto non prova, se non il fatto, senza dar lume sull'autore di esso, e per quel che riguarda la confessione, l'esperienza mostra con un gran numero d'esempi l'insufficienza e la falsità di questa prova ».

Erronei sono i motivi sopra i quali è fondata la cennata opinione, perchè presso i romani la confessione fu sempre tenuta come la più evidente di tutte le prove; perchè fu sempre riguardata come una

prova principale, e non come una giunta alla prova dell'accusatore; e finalmente perchè sofistico è l'argomento, il quale divide la prova del corpo del delitto dalla confessione, mentrèchè la coerenza di queste due prove insieme, è quella che costituisce la certezza.

6.° Il signor Bernardi avvocato al parlamento d'Aix nel 1780, uno degli scrittori i cui discorsi sono raccolti nella biblioteca criminale di Brissot, nell'esame della natura e della forza delle presunzioni, dà come un semplice argomento di verità la confessione dell'accusato. Egli dice che la confessione spontanea è sì poco comune e verisimile, che la legge suppone sempre le confessioni come estorte dalla forza o dalla seduzione. Essendo dunque sospetta la veracità loro, non debbono esse formare prova, se non quando sieno confermate dalle deposizioni de' testimoni, o da altri indizi. Se Bernardi avesse inteso parlare delle confessioni estorte, sarebbe sempre notabile, l'aver egli creduto tanto poco comune la confessione spontanea, fino a confonderla con quelle. Per verità lo scetticismo de' così detti fautori della umanità è tale, che rende per essi inutili anche gli argomenti ricavati dal senso dell'umana natura. In fatti se Bernardi intese parlare della confessione spontanea, e volle il concorso della prova de' testimoni, o degl'indizi; per saggiare la verità della sua opinione, ommesso ogni altro argomento, varrebbe meglio proporgli due quistioni: una, qual'è più fallace tra le specie delle prove, la confessione spontanea del reo, o il detto de' testimoni? l'altra, se la confessione dovesse concorrere colle altre prove che sono capaci per loro stesse di dimostrare un fatto, quale sarà la parte della prova che rimarrà riservata alla confessione? Tra le opinioni degli scrittori contemporanei di Bernardi, sorti per la stessa occasione della difesa dell'umanità, più plausibile è quella contenuta nel discorso sulla legislazione, pubblicato la prima volta nel Giornale Enciclopedico del 1782, ed inserito nella collezione delle cose criminali (2). In questo

(1) Paulli Rizzi *J. C. Animadversiones ad Criminalem Jurisprudentiam pertinentes*.

(2) Journal Encyclopédique du 1 Octobre 1782.

discorso si assume, che un uomo che si accusa di un delitto non meriti alcuna credenza, se il fatto in se stesso sia dimostrato falso o impossibile; teoria giusta, e fondata su' principj della ragione e dell'esperienza.

7.° Vado ora incontro all'opinione di un uomo di grandi lumi, ma d'una più grand'eloquenza, il signor Brissot de Warville oppugnatore della certezza della confessione (1). Coteslo scrittore nella *Teoria delle leggi criminali*, opera di molto merito, ed una delle prime che accese il fuoco della riforma nel foro francese, e presso le altre nazioni dice: « Una moltitudine di antichi giureconsulti hanno creduto che la confessione volontaria dell'accusato formasse una pruova compiuta. La fiaccola sola della ragione, che ha dissipato le tenebre dell'Europa, ha potuto far disparire questa opinione creata da un secolo barbaro ». Brissot sostiene la sua opinione con quella di Paolo Rizzi di cui ho fatto testè l'analisi, e soggiugne che gli avversari dell'umanità sostengono la certezza della confessione sul principio morale, che alcun uomo non curi a sangue freddo la sua distruzione; ma contra questo principio egli ricorda, che v'è un infinito numero di circostanze nelle quali l'uomo oppresso dal peso della propria esistenza cerca a disfarsene, e che se in seno alla libertà vi sono esseri così male organizzati, che aborriscono la luce e corrono dietro al niente, quanti non se ne troveranno nelle carceri, soggiorno di orrore, in cui l'infelice detenuto, tormentato dalla fame, dalle malattie, da' custodi, dal disprezzo, cerca a grandi grida di riposare la sua testa sul palco.

Se il solo prestigio dell'eloquenza potesse tenere luogo d'argomento, il passo di Brissot abbaglierebbe sulle prime chi non ha formato la propria opinione su' principj solidi della certezza morale. Ma chi, messa da parte l'immaginazione dello scrittore, ponderi la verità delle idee sue, vedrà che egli attribuisce a' secoli barbari l'opi-

nione della certezza della confessione, la quale nasce dalle forme giudiziali le più libere de' popoli antichi e moderni; e vedrà pure ch'ei si modella sull'opinione del giureconsulto milavese Rizzi, di cui poc' anzi ho dimostrato la nullità; e che in fine confonde la confessione libera coll'estorta, perciocchè ha come libera la confessione provocata da' mali e dalla penosa dimora delle prigioni. Ma ciò che scuopre il vizio del ragionamento è, che lo stesso autore ripete ancora in altri scritti (2) la disamina della quistione intorno alla così detta *confessione restita*, dopo di aver confuso in una specie sola la estorta e la spontanea. Egli dice che sarebbe assurdo il non aver riguardo alla confessione, quando sia unita ad altre pruove, perciocchè allora è una forte probabilità che aggiugne loro qualche peso. Ed affinché questa seconda opinione non sembri ardita o non sia pericolosa all'umanità del delinquente, nella cui tutela si distinsero i filosofi di quel tempo, spiega i requisiti che la confessione dee avere perchè formi solamente un argomento di probabilità: *debb' essere precisa, non provocata, non fatta per errore o per timore: il corpo del delitto de' essere ben contestato: le deposizioni chiare ed invariabili di più testimoni debbono fornire una luce che fereisca necessariamente gli occhi del giudice*. Può darsi un'opinione più esagerata di questa, dettata solo dal fuoco della declamazione?

8.° Nelle memorie scritte pel premio proposto dalla società economica di Berna per lo miglior progetto di legislazione criminale, l'autore anonimo del *piano di legislazione*, inserito nella biblioteca francese, esamina la confessione come figlia di due principj, la coazione morale, e la materiale (3). Non è chi non riuardi la suggestione come un mezzo insidioso o indegno della religione del giudice; la tortura come un esperimento fallace ed iniquo, di cui più non si parla ne' tribunali delle colte nazioni. Ma se il cennato scrit-

(1) *Théorie des lois criminelles*, cap. 3.

(2) *Moyens de prévenir le crime: Discours par J. P. Brissot de Warville, §. question le sang innocent vengé §. Preuves judiciaires.*

(3) *Plan de législation en matière criminelle sur le pri proposé par la Société Econom. de Berne chapitre 5, §. 2 nella biblioteca di Brissot, tomo 5.*

tore non ha supposto neppure come possibile la confessione figlia della coscienza, è venuto a negare il naturale principio di questa specie di pruova, e da un errore nato dall'abuso della regola ha giudicato della regola stessa.

9.^o Filangieri, partendo dal principio dell'inverisimiglianza delle confessioni spontanee, riguarda tutte le confessioni che si ottengono ne' giudizi, come l'effetto della suggestione, dell'errore, o dell'impazienza de' tormenti (1). Se questi fossero i soli fonti delle confessioni non potrebbe alcuno contrastare le considerazioni vere e filantropiche di Filangieri, uno de' più felici ingegni di Napoli, e de' pochi esempli di autori i quali abbiano amato la virtù che hanno predicato. Ma io ripongo nell'esistenza di un principio ovvio e comune alla natura umana l'origine delle confessioni, ed esamino gli effetti di questo principio, per quanto raro volesse sostenersi. La quistione presente dunque, è diversa da quella proposta da Filangieri.

1.^o Mario Pagano, il primo che ab-

bis introdotto nel foro di Napoli i lumi della filosofia, eosi nella legislazione penale, come nella teoria delle pruove, scrittore di un merito superiore a molti degli autori esteri inseriti nella biblioteca criminale; ha trattato della confessione spontanea, come di una verità legale, quando sia congiunta col corpo del delitto, ma nell'esaminarne la certezza morale ha accolto le opinioni scettiche del tempo suo. Risguarda egli la confessione come il detto di un testimonio singolare, di cui la credibilità è fondata unicamente nell'interesse proprio al quale contraddice (2). Se non sentissi d'aver detto abbastanza intorno a questo soggetto, e se non avessi da prima fissato il paragone tra la pruova de' testimoni e la confessione, domanderei ora quale identità di ragione, o qual comparazione può cadere fra la cagione della scienza d'un uomo che depone un fatto ch'è fuori di se, o che lo ha percepito co' sensi esterni, o quella del reo che lo raccoglie dal senso interno della coscienza?

CAPITOLO II.

ESAME D'UNA OPINIONE PARTICOLARE SULLO STESSO SOGGETTO.

Quando si contraddice l'opinione d'un uomo celebre, è una parte dell'omaggio che gli è dovuto, il soggettare i motivi della contraddizione alla dimostrazione. Un tributo di questa specie è dovuto al signor Servan, uno de' più dotti e de' più eloquenti scrittori, che verso la fine del secolo passato cooperarono alla riforma del foro criminale. Non è già, che un simile tributo non fosse dovuto alla più parte degli scrittori de' quali le opinioni sono state sin qua esaminate, ma è che il pensiero del sig. Servan intorno alla forma unica del giudizio de' pari, mi è sembrato più acuto delle altre opinioni, perciocchè quantunque vero pe' principi e per gli esempi sopra i quali è fondato, esce dal retto raziocinio, allorchè l'autore ne tra-

sporta l'applicazione alle pruove e passa a confonder queste co' modi di giudicare (3).

La certezza morale, questa è l'opinione di Servan, è una misura relativa fondata sull'esperienza, variabile secondo il più o meno di verisimiglianza di cui è dotata. L'ultima di questa specie di conoscenza è quel grado di convizione morale, ch'esclude la possibilità del contrario, vale a dire è quella conoscenza che porterebbe seco l'adesione di tutti gli uomini, se potessero giudicarne. In forza di questi principi dunque il giudizio sicuro non si trova se non presso la moltitudine. Ma presso la stessa moltitudine risiede ancora il diritto di giudicare gl'individui in forza del contratto della società. Laonde questa è

(1) Scienza della Legislazione tomo 3, cap. 10.

(2) Logica de' Probabili capo 12.

(3) Servan. *Reflexions sur quelques points de nos loix à l'occasion d'un événement important.*

la sola forma di giudizio che convoca ai diritti naturali e politici de' cittadini. Siccome però questa funzione sovrana del giudizio, non potrebbe esser esercitata dall'intero corpo sociale, così bisogna necessariamente discendere al giudizio di una potestà secondaria delegata. Cotesta potestà dee contenere in se, se non la sicurezza stessa, almeno l'approssimante di quella, che si otterrebbe nel corpo che rappresenta. Quale sarà questa sicurezza? Le leggi positive derogano agli esposti principi certi ed inviolabili, allorchè restringono la certezza a due, tre o quattro testimoni. Tra tutte le forme de' giudizi niuna non ha seguito tanto i cennati principi, quanto l'inglese, che ha riposto la certezza nel giudizio uniforme di dodici cittadini integri, non prevenuti, fautori dell'innocenza più che del delitto. Questa è dunque la sola forma che conviene alle leggi della natura, ed alle regole della società. »

A sostenere la causa dell'innocenza e la sicurezza de' giudizi, non parmi necessario mescolare colla disamina della certezza delle prove quella ancora della forma, alla quale possono o non possono avere diritto i cittadini. Ciò non pertanto siccome questa parte dell'argomento di Servan è legata coll'altra, è necessario di valutarne il peso. La forma de' giudizi presso ogni nazione è uno di quegli atti costitutivi, fondati sul consenso espresso o implicito della società, che si soggetta a queste come a tutte le altre parti della pubblica amministrazione. Le

forme de' giudizi sono varie, ma uno solo è lo scopo loro, cioè la sicurezza e la garanzia dell'innocenza. Non è una dunque la forma particolare di giudizio, a cui gli uomini in società abbiano diritto, ed oltre alla quale, le altre potessero dirsi *incivili*. Ma qualunque di esse provvegga alla sicurezza dell'innocenza soddisfa i fini della società, e l'interesse degli individui. Forse nel fatto tutti i calcoli della certezza morale potrebbero concorrere a dar il primato ad una forma particolare più che alle altre; forse una tal forma trovasi unicamente nel giudizio de' pari, istituzione sublime, che fa l'elogio della nazione che prima l'accollse; ma la convenienza d'una tal forma in esclusione di ogni altra non dipende certamente da' principi primitivi della società.

In quanto poi alla certezza delle prove, questa nell'argomento di Servan è confusa colla certezza del giudizio di chi le valuta, e la decisione del fatto che i pari pronunziano, è scambiata cogli elementi della loro convinzione morale, nel che il raziocinio è manifestamente fallace. Ma regga pure la forma unica di tutti i giudizi, che Servan vuol sostenere, se ella emana dalla volontà de' cittadini, il reo ci riannunzia colla confessione spontanea e dispensa la legge da tutte le cautele che avrebbe preso, se avesse dovuto convincerlo, contradicente lui, con un altro genere di prova. Tal'è la forza che ha la confessione ne' giudizi loglesi, come sarà qui appresso dimostrato.

CAPITOLO III.

AUTORITÀ DELLE LEGISLAZIONI ANTICHE E MODERNE SULLA CERTEZZA DELLE CONFESSIONI.

L'incertezza de' giudizi intorno alle azioni umane, nasce dall'ignoranza delle cagioni morali di esse, onde è che la diversità di queste costituisce quel maggiore o minor numero di possibili di cui si compone la probabilità. Mio intento è stato il soggettare la *confessione* alla disamina di entrambi i fonti dello studio congetturale de' probabili, la verisimiglianza cioè o l'esperienza; il perchè avendo esaminato il primo, rimane a consultare il secondo

che non è meno utile ed importante. La differenza che passa tra la verisimiglianza e l'esperienza, è quella stessa che distingue la cagione dall'effetto. E siccome in tutte le cose delle quali manca un'altra dimostrazione, l'effetto spiega la cagione; così l'esperienza è l'illustrazione e la conferma del verisimile. Ora l'esperienza ha luogo tanto nelle cose di fatto, quanto negli oggetti speculativi, essendochè nella scelta delle opinioni dubbie o

probabili, il consenso di tutti gli uomini d'una ragione rischiarata e libera, corrisponde a quella dimostrazione che una serie costante ed ordinata d'effetti darebbe d'una cagione fisica ignota. E tanto questa conoscenza è necessaria nella scienza della legislazione, quanto ella è la guida del legislatore nell'antivedere il successo delle leggi, ed è la norma del giureconsulto nello scegliere le teorie e le opinioni ricevute. Né altra ragione, se non la scienza o l'ignoranza di questa parte sperimentale delle conoscenze civili, forma la differenza tra l'uomo speculativo, e l'uomo di stato, tra i tipi delle leggi e le leggi stesse, tra i sentimenti delle scuole, le discettazioni accademiche, le declamazioni, e le opinioni ricevute. Quanto non si è dubitato e non si è scritto sul diritto di punire di morte presso i moderni? L'eloquenza adoperata nel sostenere la negativa, e le ragioni speciose dell'umanità, impiegate in questo argomento, sembrava che nel passato secolo dessero il trionfo alle opinioni delle scuole. Esse l'ottennero per un momento nelle Russie sotto il regno di Elisabetta, e nella Toscana sotto il felice governo di Pietro Leopoldo, ma l'esperienza ha confutato le opinioni nuove, e la pena di morte ha per sé la dimostrazione delle leggi di tutti i popoli liberi e incivili, o sia il consenso di tutta l'umanità. Adunque l'autorità più forte, che possa opporsi alle opinioni accademiche è quella delle opinioni ricevute e degli esempi; il perchè dopo di aver esaminato le opinioni contrarie alla certezza delle confessioni, ricorro all'esperienza, o sia all'uniforme consenso di tutte le leggi criminali antiche e moderne.

L'ordine che ho seguito, mi ha dato già l'occasione di mostrare la fede che il diritto romano ha prestato alle confessioni spontanee de' rei, tanto ne' primi giudizi di Roma libera, quanto ne' tempi posteriori della giurisprudenza. E nell'esporre le opinioni degli interpreti, e quelle del foro, ho nel medesimo tempo mostrato l'auto-

rità delle confessioni ne' giudizi delle nazioni moderne che vivono colle leggi romane, come l'Italia, la Francia, la Germania, la Spagna. Ma siccome tutte queste autorità dipendono dall'esempio d'un popolo solo, così a render maggiore l'argomento dell'esperienza, è necessario trarre dalla storia della legislazione gli esempi e le opinioni degli altri popoli intorno al medesimo articolo.

Un monumento quasi simile al discorso di Catone nel Senato dimostra, che le confessioni ebbero ne' giudizi de' Greci una fede anche maggiore di quella conceduta loro dalle leggi romane. Demostene nell'orazione contra Timocrate, volendo trarre dalla contraddizione delle leggi promulgate un argomento equivalente alla confessione, cerca di persuadere il popolo a condannarlo senza giudizio, e senza sentirlo, come le leggi atliche prescrivevano pe' rei spontaneamente confessi: *Siccome, o Ateniesi, le leggi comandano, che si puniscano senza giudizio que' rei che confessano i loro delitti, così è giusto di condannar costui dopochè fraudolentemente ha promulgato le leggi, senza concedergli difesa, e senza volerlo sentire, perciocchè stabilendo egli questa legge contraria all'altra precedente ha confessato di aver commesso il delitto* (1).

Cotesto luogo dimostra che per le leggi ateniesi era ricevuta ne' giudizi criminali la massima, che i confessi si avessero come condannati, o forse i termini generali, ne' quali questa sentenza trovasi scritta nelle leggi delle dodici tavole, non ammettevano secondo il senso delle leggi madri la distinzione tra' giudizi civili e criminali, nata nelle seguenti età della giurisprudenza. Checchè sia di tal congettura, tanto era fondata ne' principj della filosofia, e delle leggi greche la certezza delle confessioni, quanto Aristotele nel libro della Retorica ad Alessandro, sottopone alla discettazione giudiziale ogni genere di pruova, gl'indizi e le congetture che costituiscono il probabile ed il veri-

(1) *Ὅσπερ τοῖσιν, ὡς ἀδελφοὶ Ἀθηναῖοι, τῶν περὶ ἄλλᾳ κακούργων τοὺς ὁμολογούντας ἀνεὺ κρίσεως κολάζειν οἱ νόμοι κελεύουσιν: οὕτω δίκαιον, καὶ τοῦτον, ἐπειδὴ τοὺς νόμους κακούργων ἐὺ εἰληπταί, μὴ*

δοῦναι λόγον μὴ δ' εἰληψάντας αἰνεῖσαι, καταλήκνυσσασθαι. ὁμολογήκει γὰρ θατέρω τῷ προτέρῳ νόμῳ ἡσασθαι τὸνδε τίς-σις, ἀδελφον,

simile, il detto de' testimoni, le confessioni estorte, e non la menzione delle spontanee, se non ne' casi de' piccoli delitti, ne' quali casi non sa suggerire a' rei altro scampo, se non quello di accusare la leggerezza e l'imprudenza, propria della natura umana (1). Si trae dunque da ciò un argomento negativo sì, ma del massimo peso, che la confessione spontanea non entrava tra le specie disputabili delle prove, ma costituiva un grado di certezza superiore, ad impugnare la quale non si esendevan gli sforzi dell'arte dialettica. Nè l'autorità di tali esempi si trova solamente nelle leggi attiche, sebbene manchi nei giudizi degli altri popoli un documento tanto autentico, quanto quello contenuto nell'orazione di Demostene. È una prova della fede prestata alle confessioni, il giudizio fatto in Isparta di Pausania, di cui essendo state consegnate le lettere da Argilio, non vollero gli Efori crederlo reo, se non ricevessero dalla propria bocca di lui la confessione, come dice Tuciddide (2).

Il Codice delle leggi civili degli Ebrei, contenute nel libro dell'Esodo, e gli esempi de' giudizi di quella nazione confermano la certezza delle confessioni (3), ed aggiungono alle autorità delle opinioni umane quella della sapienza divina. L'Esodo riguarda i rei confessi come convinti dalla testimonianza della propria bocca, renduta contra l'interesse della loro vita (4). Il libro di Giosue rapporta la condanna di Achane, reo confessso di peculato (5). Il secondo libro di Samuele rapporta la sentenza di Davide contra l'Amalecita uccisore di Saule (6). Nel primo de' Re si riferisce il giudizio di Salomone contra Adonia suo figliuolo (7). Questi sono i giudizi antichi che la storia permette di citare.

Le leggi delle nazioni sorte dopo la caduta dell'imperio romano, presentano la stessa uniformità di opinioni. Fra queste ve n'ha di quelle, l'esempio delle quali singolarmente esaminate, non farebbe alcun peso d'autorità; ma siccome la prima di tutte le autorità è il giudizio uniforme di tutti gli uomini, così quelle leggi esse non ricevrebbero eredità dall'opinione de' loro autori, lo acquistano dall'universalità del consenso di cui fanno parte. Per una conseguenza di quest'argomento anche le leggi barbariche de' Franchi e de' Germani, sono di tanto superiori ai motivi sceltici esaminati nell'articolo precedente, quanto i principi della ragione universale vincono l'autorità d'un'opinione particolare che sia confutata colla dimostrazione e coll'esperienza.

Ne' capitoli di Carlo Magno si stabilisce che il giudice non possa proferire sentenza capitale, se non quando il reo sia o confessso o convinto da testimoni integri e veridici, e da' soci del delitto (8).

Gregorio di Tours riferisce che Egidio vescovo di Reims accusato di ribellione ed interrogato da' vescovi suoi giudici, se avesse a dire cosa in sua difesa, rispose, che non differissero a pronunziare la sentenza contro di lui, perciocchè aveva di già accettato il suo delitto (9).

Negli annali Francici è riferito il giudizio di Tassilone duca de' Boi, fatto ad Ingelheim, unanimamente condannato alla morte, perchè non aveva negato i delitti imputatigli (10).

Il diritto canonico, come una legge positiva che ha regolato per più secoli i giudizi di quasi tutta Europa, e come la prima legge che succedette a' duelli ed agli sperimenti barbari de' tempi dell'ignoranza, merita un luogo tra le autorità delle

(1) Κατάλαυν λ'ε' περι του κατηγορου ι'δ' ους, και απολογητικου.

(2) Tuciddide lib. 1.

(3) Zeppero delle leggi forensi Mosai- che lib. 5, cap. 5.

(4) Exod. Vedi Zeppero al luogo citato.

(5) Gios. cap. 7 §. 21.

(6) Sam. lib. 2 cap. 1 §. 16.

(7) De' Re, lib. 1 cap. 2. §. 23.

(8) *Placuit ut iudex criminorum di-*

scutiens, non ante sententiam proferat capitalem, quam aut reus ipse confiteatur, aut per innocentes et veraces testes, vel socios criminis sui, manifestius vincatur. Et de majoribus nostra ac successionem nostrorum expectetur sententia. Cap. 136 lib. 5.

(9) Gregorio di Tours lib. 10 cap. 13.

(10) Vedi gli annali Francici presso Reubero per l'anno 788.

leggi che noi produciamo, come argomento dell'opinione comune e del consenso universale de' legislatori. Io non intendo di tessere l'elogio di questo diritto, che ha confermato i tormenti e le purgazioni volgari, che è l'autore del processo inquisitorio, delle *purgazioni canoniche*, e di tante altre istituzioni assurde, di cui conta difficoltà si va spogliando il processo criminale, ma assumo che gli errori e i pregiudizj de' tempi, i quali hanno prevaluto in una parte di questa legislazione non debbano prevenire il giudizio contra quell'altra parte che si trovi uniforme ai principi della ragione e del diritto naturale degli uomini. Che se anche non potessi evitare la prevenzione nata da' difetti del processo canonico, mi limiterei a proporre l'autorità delle leggi ecclesiastiche, come un esempio, di cui la forza debba per tanto valere, per quanto si trovi conforme all'autorità del consenso universale ch'è sempre maggiore di tutte le opinioni particolari. Ciò non pertanto converrebbe sempre distinguere diverse epoche, che non hanno tra loro alcuna cosa di comune, relativamente a' principi ed allo spirito delle leggi canoniche.

Prima del duodecimo secolo il processo ecclesiastico non ebbe una forma pubblica, perchè i giudizi così de' chierici come de' laici erano istituiti secondo le regole della convizione naturale, e fondati sopra un'autorità di fatto, che i vescovi avevano assunto nel poire il delitto per lo peccato, quasi come una conseguenza del loro ministero pastorale (1). E però ne' giudizi canonici van considerati tre diversi periodi, il primo de' tempi della Chiesa nascente, il secondo della in-

fluenza che le leggi barbariche esercitarono nella disciplina ecclesiastica, il terzo del nascimento della giurisprudenza canonica. Di questi tre periodi, il secondo essendo affatto trascurabile, conviene solamente fermarsi agli altri due.

I giudizi de' primi tempi sono l'esempio dell'equità stessa e dell'indulgenza, perchè profferiti da uomini d'una pietà straordinaria, che portavano nelle pene non il sentimento della vendetta, ma la sola correzione necessaria a ricondurre i colpevoli alla purità della vita. Tali sono gli esempi di quei giudizi, che si ricavano dalla testimonianza de' padri della chiesa, ed in questi la confessione spontanea, tolta la forza delle regole, vi godeva la massima autorità. S. Agostino stabilisce che alcuno non possa esser escluso dalla comunione della chiesa, se non sia spontaneamente confessso, o convinto, sia nel giudizio laicale, sia nell'ecclesiastico (2). Ottato Milevitano, giustificandosi perchè non avesse condannato Macario reo di atroci delitti, adduce la mancanza dell'accusa e delle prove, e nel portare l'esempio di queste, cita come per eccellenza la confessione (3). S. Ambrogio nel suo cinquantesimo sermone parla della confessione del reo, come del caso in cui non può trovar luogo l'indulgenza, o la commiserazione del delitto (4).

M'interterrò poco sull'epoca della giurisprudenza canonica, propriamente detta, perciocchè una sola legge di quel testo basta a provare l'autorità della confessione. In questa legge sono stabilite le due specie di prove sulle quali si può fondare la condanna de' vescovi, in primo luogo la libera confessione del reo, se-

(1) *Episcopi jurisdictionem suam in omnia crimina etiam levissima, occulta, et publica, Sacramentali ut nunc loquimur, ratione exercuerunt.* Morinus de Administr. Sacram. Poenit. lib. 1 cap. 9, 10.

Van-Espen *De Delictis Ecclesiast. et de Instructione caus. crimin.*

(2) *Nos a communione prohibere quemquam non possumus, nisi aut sponte confessum, aut in aliquo sive saeculari, sive ecclesiastico iudicio nominatum atque con-*

victum. August. homil. 50 lib. 50 homiliarum.

(3) *Dicite Macarium confessum fuisse, et nostram siluisse sententiam.* Optatus Milevit. lib. 7. in fine.

(4) *Reus sine excusatione est, qui conscientiae suae iudicio damnatur. Quem alter iudicat, potest quandoque a suo iudice sperare indulgentiam. Qui se ipse iudicat, a quo indulgentiam postulabit?* Ambrosius serm. 50.

condariamente la convizione per mezzo di testimonii irreprensibili (1).

Il processo canonico è stato distrutto in molte nazioni, ed in quelle altre, presso le quali regge ancora, cercasi di correggerlo sul modello del procedimento romano, o delle altre forme libere dell'Inghilterra e della Francia. Ora avrassi la più grande dimostrazione della certezza delle confessioni, se i principi ricevuti in queste nuove istituzioni, abbiano conservato a questa specie di prova la sua antica autenticità.

Nel codice criminale di Carlo V. eh' è il fondamento del diritto penale della Germania e della Svizzera, e di cui ho di sopra illustrato la disposizione, si ha la confessione accompagnata dal corpo del delitto, come la prima di tutte le prove (2).

È stato talvolta necessario di coprire, sotto l'apparenza di forme legittime, giudizi ingiusti ed illegali. Ora ne' giudizi pubblici ne' quali il bisogno di tale giustificazione è sempre maggiore, si è ricorso alla confessione spontanea. Carlo di Du-razzo Re di Napoli, volendo disfidare a duello Luigi d'Angiò suo competitore, gli spedì per araldo il cavaliere Selvaggi. Questi fu arrestato e messo a morte da Luigi, perchè lo credette mandato per ucciderlo. Carlo si dolse di siffatto attentato presso tutte le corti d'Europa, e Luigi insieme cogli scrittori che tennero le parti di lui, opposero la confessione dell' incolpato (3). Nel memorabile giudizio di Alessio Pietrovitz, il Czar richiese la confessione scritta del figlio, sebbene con gli mancassero le lettere e gli altri documenti, che provavano a suo senso il delitto (4).

Ma venendo a' giudizi regolari, nel fatto del vescovo ebe nel 1762 sparselibelli sediziosi contra Caterina II, la condanna fu del pari fondata sopra la confessione spontanea del reo (5). E qui vuolsi notare

che le leggi criminali della Russia di quel tempo meritano di essere citate tra le autorità de' popoli colti, vedute le leggi di Elisabetta, l'abolizione della tortura, e le istruzioni di Caterina per la formazione del codice criminale. In queste istruzioni scritte per assicurare l'innocenza, non solamente non s'impugna la certezza delle confessioni spontanee, ma si stabilisce per misura della credibilità e della verisimiglianza d'una testimonianza qualunque, l'interesse che ha il testimone di palesare o di nascondere il fatto (6). Ora cotesta misura, siccome è stato già dimostrato, conduce ad elevare la prova della confessione spontanea ne' delitti capitali al massimo grado di certezza morale.

Il codice criminale della Toscana, il primo sistema di leggi calcato sulle sue sane teorie de' delitti e delle pene, abolì la pena di morte e stabilì un giudizio tale circa l'estimazione delle prove, che l'innocenza ne rimase pienamente sicura. Ivi la confessione è notata come il primo genere di prova, e come superiore ad ogni altra prova di convizione (7).

Le nuove leggi francesi, avendo accolto il giudizio de' giurati, hanno rimesso la prova de' delitti alla coconvizione naturale de' giudici del fatto, e però sono loro comuni le osservazioni che seguono intorno alle leggi inglesi.

Nelle leggi inglesi la confessione spontanea giudiziale, per una conseguenza naturale della forma di quel processo, è riguardata come la prima di tutte le prove, perciocchè dovunque la questione del fatto è separata da quella della pena, ovvero dove la cognizione del fatto è rimessa al criterio naturale de' giudici, ivi sempre la confessione ha maggior forza. Non è già ebe diverse regole di giudizio e di critica coovengono alle diverse forme di procedimenti, essendochè uno è il fonte donde si attingono le regole della proba-

(1) *Primates accusatum discutientes episcopum non ante sententiam proferat damnationis, quam apostolica freti auctoritate, aut reum se ipse confitentem, aut per innocentes et canonicos examinatos regulariter testes, convincatur.* Can. V. q. 1 caus. 2. Vedi inoltre il titolo *de confessionis* in cap. 3 extr; ed il titolo *de Judiciis*

cap. 4.

(2) Articolo 54.

(3) Vattel lib. VI cap. VII §. 100.

(4) Vedi la storia del giudizio di Pietro Alessiovitze nelle cause celebri.

(5) *Levesque Hist. de Russie.*

(6) Artie. X §. 178. 179.

(7) Articoli 57, e 110.

bilità, sia il giudizio semplice della ragione che le detti, sieno i canoni della legge quelli che ne fissano il peso; ma è che il retto criterio naturale nel giudizio delle azioni umane, è sempre più vero delle regole positive, come lo dimostra l'esperienza.

Ciò premesso, nelle leggi inglesi la confessione del reo tanto si ha come dimostrazione di verità, quanto elle escludono in questo caso la forma ordinaria del giudizio de' giurati. Comparendo il reo alla tribuna del giudice, la legge prevede tre casi: o che ricusi di rispondere, o che confessi il delitto, o che sostenga di non esser colpevole. Nel primo caso il silenzio ostinato del reo equivale alla confessione: nel secondo, o sia nel caso dell'espressa confessione, la corte di giustizia avendo per indubitato il delitto, pronunzia la sentenza: nel terzo si dà luogo al giudizio de' giurati (1). È positiva dunque presso gl'inglesi la legge, che dà alla confessione la forza della convizione; ma se questa confessione sia vera o falsa ne giudica il magistrato, la legge non v'interloquisce, ed i requisiti della verisimiglianza non formano una condizione che ne limiti la credibilità. Ciò non ostante possono ancora in quel sistema di giudizi raccogliersi argomenti, i quali dimostrano la credibilità maggiore, che le confessioni hanno a rispetto delle altre specie di prova. V'ha de' casi speciali, ne quali la legge ha dovuto frenare l'arbitrio de' giudici, e tali sono i delitti di alto tradimento ne quali si richiede per prova il detto di due testimoni almeno. Ora uno statuto di Guglielmo III. dichiara espressamente che debba aversi come equivalente a questa prova speciale la confessione spontanea del reo (2). Se da tutti gli esempi citati non avessi voluto trarre in favor del mio argomento la conseguenza dell'uniformità dell'opinione di tutti i legislatori, sarebbe stata bastevole l'autorità sola delle leggi inglesi, le quali possono giustamente dirsi il palladio dell'innocenza; siccome pel modo ammirabile con cui hanno salvato i diritti dell'umanità ed hanno

provveduto alla pubblica vendetta meritano di esser risguardate, come uno de' più perfetti parti della umana sapienza.

Finalmente, se è permesso trarre un argomento dall'errore stesso, il falso sistema delle prove ricevuto per secoli nel foro criminale, è pure una conseguenza della certezza delle confessioni. La tortura di cui i Greci e i Romani diedero l'esempio in alcuni delitti ed in certe persone, fu suggerita dalla necessità di ottenere la confessione de' rei, o ne' casi ne quali la gravità del delitto ne rendesse necessaria la punizione, o quando sebbene non concorresse quest'ultimo grado di necessità, si trattasse di persone ch' erano spogliate agli occhi della legge anche de' diritti naturali, quali erano appunto i servi. Ne' tempi barbari si perdettero insieme colla forma de' giudizi ogni idea di prova legittima, e la prova de' testimoni essendo principalmente caduta in diseredito, come osserva Montesquieu, non se ne conobbe altra fuori della confessione. Per supplire a questa prova, quando non si ottenesse spontaneamente, furono inventati gli esperimenti giudiziari in primo luogo, ed indi i tormenti. Si è per lungo tempo esclamato contra l'atrocità della tortura, e la somma delle ragioni impiegate a combatterla è stata l'incertezza delle confessioni estorte, e la collisione in cui si metteva la verità colla sensibilità fisica della natura, argomenti incontrastabili, che sono stati troppo tardi ascoltati. Ma in questi argomenti la proposizione dalla quale si partiva, era appunto la certezza delle confessioni spontanee. Ne discende dunque come conseguenza la verità, che bода prima enunciato, cioè che dopo d'essersi fatta la causa dell'umanità colla prosecuzione delle confessioni estorte e di qualsivoglia mezzo per ottenerle, la classe di scrittori che si è proposto di assumere la causa de' delinquenti contra il diritto e l'interesse della società; gloriosa del primo trionfo, è passata ad impugnare la credibilità e la certezza delle confessioni spontanee, quasi per minare a grado a grado tutti gli altri mezzi diretti a scoprire il delitto.

(1) *Blakstone Commentaries sur les lois Anglaises. De l'ajournement du criminel, et de ses incidents.*

(2) *Blakstone Commentaries De l'examen et de la conviction.*

CONCLUSIONE

Si è forse da me detto più di quello che l'argomento richiedeva; ma da una parte, chi richiama la pubblica attenzione sopra un soggetto qualunque, dee interamente soddisfarla, e dall'altra le controversie intorno alla probabilità delle prove possono essere riguardate sotto molteplici aspetti, sì che a farne una esatta soluzione, è necessario esaminarle in tutte le relazioni loro. Le quistioni incidenti che alle principali si frammischiano, servono ordinariamente a prevenire le false applicazioni, o le sottigliezze della disettazione; ond'è che per raccogliere e concentrare il lume della dimostrazione, convien tornare agli argomenti principali, sopra i quali le definizioni sono fondate. Così separando il principale dall'accessorio, la certezza morale e legale della confessione spontanea, può dirsi dimostrata da due principi soli, dall'esperienza fisica e dall'esperienza storica.

L'esperienza fisica, ch'è la misura della certezza, gradua nel seguente modo le diverse spezie di conoscenza che possiamo avere d'un fatto. La prima di tali spezie è nell'autore del fatto, la seconda è nel testimonio che lo raccoglie co' propri sensi, la terza è in quello che ne acquista la scienza per mezzo della narrazione. La confessione spontanea del delitto dunque per lo principio della certezza morale d'onde parte, è la prima tra tutte le spezie di prove.

L'esperienza storica fa avvertire la possibilità di un dubbio, il quale nasce non dal difetto de' sensi, ma dalla volontà del reo che potrebbe congiurare contra se medesimo. Cotesto avvenimento possibile non è nella natura, anzi potrebbe nascere da una resistenza alla legge della natura. Una tale resistenza non è per doppia ragione verisimile, tra perchè non è probabile nell'uomo la determinazione di uscire dalla vita, e perchè i mezzi che ne presenta il giudizio sono in contraddizione colla determinazione stessa.

Inoltre il fondamento della esperienza storica è la certezza de' fatti. Ora nel rac-

cogliere gli esempi degli uomini, che hanno voluto perire per mano del giudice, la storia non è abbastanza esatta per assicurarci della verisimiglianza di questo possibile. Ed acciocchè impugando la verità de' fatti non si credesse che io volessi negare la possibilità, ho ammesso come veri due esempi soli, che si raccolgono da tutta la storia de' giudizi antichi e moderni, di uomini che si sono fatti rei di delitti, che non avevano commesso. La legge ha antiveduto il trascorso possibile della passione, e ha raccomandato alla prudenza del giudice il prevenirlo. L'uso de' giudizi ha suggerito la cautela di congiungere alla confessione del reo la prova del fatto criminoso, e così limitando la regola generale, ha riposto la certezza nella coerenza di queste due spezie di prova. La verità o la sicurezza di tale temperamento vengono dimostrate dalla esperienza stessa, imperciocchè non v'ha esempio finora che il dimostri fallace, e gli stessi due casi ammessi come veri, mancherebbero se i giudici, che allora s'ingannarono sulla sola confessione, avessero seguito la cautela posteriormente introdotta. Gli scrittori che hanno voluto soggettare la misura delle probabilità al calcolo esatto, han cercato di determinare la probabilità del ritorno di un avvenimento, dal numero delle volte in cui sono verificati i casi opposti (1). Senza far l'apologia di questo metodo, e senza accettare i dati ipotetici, co' quali si è cercato di calcolare i probabili morali, indeterminabili nel numero e nella spezie, giova osservare che di tutte le prove la confessione è la sola che potrebbe senza discapito soggettarsi ad un calcolo di probabilità.

La probabilità d'un fatto contingente può concepirsi come una ragion composta del numero de' casi, in cui si è verificato, e dal tempo nel quale sono avvenuti. Cotesta probabilità sarà picciola, se il tempo o l'esperienza mostri come più frequente l'avvenimento contrario; sarà remota, se l'avvenimento d'un fatto singolare veoga in contraddizione coll'esperien-

(1) Transazioni filosofiche del 1764 e del 1765.

Condorcet de la probabilité.

za d' un tempo immensurabile ; e uscirà affatto dal numero de' probabili , se tutta l' esperienza umana non l' abbia ancora dimostrato possibile. Ciò posto, la certezza della confessione sformita del corpo del delitto, sarebbe rimota, secondo il calcolo delle probabilità, perchè uno o due esempi soli non valgono a distruggere la presunzione della natura ; e d' altra parte la certezza della confessione vestita del corpo del delitto, esclude, come moralmente impossibile il caso d' una falsità, capace di sorprendere la critica del giudice, e di eludere le cautele stabilite dalle forme del giudizio.

Se la dialettica si sforza di dimostrare il contrario, deesi considerare ch' ella si propone in molti casi di nascondere l' errore, che confonde sovente le giuste relazioni delle cose ; che fonda molte dimostrazioni sull' equivoco, scambiando il verisimile col vero , e il probabile col certo. Le discettazioni giudiziali sono l' opera del tempo, degl' interessi, e delle passioni particolari: esse distano tanto dalla severa critica del giudice, quanto il sofisma dal ragionamento, o quanto la ricerca del vero dall' arte d' inorpellarlo (1).

(1) *Sed errat vehementer si quis in orationibus nostris, quas in judiciis habuimus, auctoritates nostras consignatas, se habere arbitratur. Omnes enim illae orationes causarum et temporum sunt, non*

hominum ipsorum, ac patronorum. Nam si causae ipsae pro se loqui possent, nemo adhiberet oratorem. Cie. pro Cluentio cap. 50.

DISSERTAZIONE II.*

DE' MONTI DI FAMIGLIE, DEGLI ATTI DELLA PUBBLICA POTESTÀ CHE NE DICHIARARONO LA DISSOLUZIONE, E DELLA GIURISPRUDENZA FORMATA PER LE DECISIONI DE' NOSTRI TRIBUNALI.

In niun'altra delle quistioni *transitorie* le opinioni della giurisprudenza hanno tanto ondeggiato quanto nella materia dei Monti, poichè trattandosi di definire i diritti e le obbligazioni di un Ente morale creato per la sola convenienza delle nostre usanze dovevasi di necessità ragionare per analogie. Ora egli è proprio di tal sorta di argomentazione il cangiar di principi a misura che si cangiano le facce della figura che ci si presenta; il perchè tal volta sono stati i monti risguardati come fedecommissi, e tal' altra come persone morali destinate a viver sempre a guisa di collegi civili, le cui parti successive le riproducono continuamente e le fanno consideraro sempre le stesse, comechè sien mutati tutti i componenti.

Da questa fluttuazione nacque l'altra circa la data, in cui dovesse dirsi avvenuta la dissoluzione de' monti. Dapoichè stimarono alcuni che fossero stati sciolti dalla legge de' 15 marzo 1807; altri dal

R. Decreto de' 22 ottobre 1808, e per esso dal codice civile; altri dal R. Decreto degli 11 settembre 1809; ed altri ancora da quello de' 17 marzo 1811. E per rispetto a coloro tra' quali dovevasi far la partizione de' beni, taluna volta il diritto è stato riconosciuto ne' capi delle famiglie, come quelli nell' opulenza de' quali avrebbero i figliuoli trovato la ricompensa ai futuri vantaggi de' monti; talun' altra si è distinta la sorte de' figliuoli di padre vivente da quella degli orfani, e tal' altra ancora sono stati considerati i figliuoli come donatari diretti de' fondatori. Le quali tutte discrepanze di opinioni producendo di necessità diversi effetti nella pratica applicazione, secondochè diversi sono i principi da' quali si parte; sarà util cosa farsi a ragionare della natura di siffatti monti, o della varia sorte che ebbero; onde nelle poche controversie che restano di simil natura, si abbia una più sicura guida nel giudicare di tutte le loro conseguenze.

I.

Natura de' Monti.

Monte vuol dire *moltiplicamento*; essendochè questo è il primitivo significato dato a quelle istituzioni pubbliche, per le quali si volle sovvenire alle necessità dei poveri o de' bisognosi. Da queste la storia patria dimostra, aver tolto o esempio le istituzioni private della medesima natura, le quali furono indirizzate al fine di provvedere al bisogno delle future generazioni.

L'ordinario mezzo pel quale piccioli legati rendevansi sufficienti ad opere pro-

gressive e perpetue, fu il moltiplicare l'interesse de' capitali e le rendite de' fondi per un dato numero d'anni, insino a che l'aumento di cotesti capitali e rendite non avesse prodotto una dote capace di sostenere i pesi, de' quali volevasi quelli gravare. Allora dicevasi che il monte si *apriva*. A questo modo da tenui principi pervennero a grande fortuna i primi monti pubblici creati nel decimoquinto e decimosesto secolo nella nostra metropoli, come il monte della Pietà, quello della Miseri-

cordia, e l'altro detto de' Poveri (1). A questo mezzo stesso ebbero i capi dello private famiglie ricorso quando persuasi che il loro lustro si sarebbe in gran parte mantenuto stringendo onorevole e cospicuo parentado per mezzo delle proprie femmine, vollero stabilire un asse capace di assicurare alle loro discendenti una ricca e splendida dote; o tale che fosse bastato a pagare i livelli a'secondogeniti; o ancora quando, ad imitazione de' monti pubblici, ebbero in animo di creare un fondo di soccorsi e di liberalità a vantaggio de' poveri sieno delle famiglie stesse sieno estranei. Difatti alla fondazione de'tre divisati monti pubblici tennero dietro con picciolo intervallo di tempo i privati, detti de' Capaci, de' Caraccioli, dei Manso, e quelli conosciuti col nome delle ventinove, trenta, e quaranta famiglie. Nè quelli solo di antico e nobil casato, ma tutti allora anelarono di fondar monti, i privati di più scarsa fortuna, gli artigiani e persino gli scrivani del già Sacro Consiglio (2).

Cotesti monti hanno quanto al diverso fine che proponevansi una differenza tra loro e possono andar divisi in *familiari* e *legati più*, secondochè avevan riguardo o alla fortuna e al decoro delle famiglie, o al sollievo de' bisognosi: ma non ne ammettono alcuna circa il mezzo onde trasmettevano i beni, nel che ci si porgono come veri ed effettivi fedecommissi. La qual cosa perchè possa essere dimostrata, gioverà rammentare esser due le proprietà essenziali che contrassegnano la sostituzione fedecommissaria vietata, conosciuta nell'antico diritto sotto nome di fedecommissio condizionale (3); l'obbligo cioè all'erede istituito o al legatario di conservar la cosa legata, e quello di restituirla ad una terza persona. Sono queste le due condizioni per le quali le nuove leggi dichiarano vietate le sostituzioni; ed è appunto nel vedere di queste stesse affette i monti di famiglie che siam portati a reputarli fedecommissi.

Qualunque sia la forma che essi ricevono, o che fossero istituzioni di un solo

uomo, che in qualunque modo poneva una somma a moltiplico per siffatto uso; o che fossero opera di molti, ciascuno dei quali poneva in mezzo una simbola da rendersi fruttifera dopo un dato tempo; o che fossero fondati per atto di ultima volontà o per atto tra vivi; erano a tutti comuni certi punti essenziali, pe' quali si può senza difficoltà sotto un sol principio ordinarli. Non era la loro proprietà presso alcun individuo in particolare, ma si bene presso quell' *Ente di ragione* che dicevasi monte: i suoi amministratori non erano che semplici ministri della eredità, a' quali era imposto il dovere della fiducia; e però non potevano vendere nè contrarre ipoteche nè in qualunque altro modo alienare, se non con le regole comuni a' patrimoni de' minori e di tutti coloro i quali sono privi di legittima persona. Erano dippiù le persone successivamente chiamate al godimento di essi, nè per altro mezzo entravano gli uni in luogo degli altri se non per virtù dell'ordine stabilito dalla volontà del donante. Nulla importava che vi entrassero per la qualità di congiunto o pur di povero; certa cosa è che in quelli come in questi faceva d'uopo dello stesso ministero della legge, nel quale appunto è impresso il carattere del fedecommissio. Ciò non parrà meno vero ne' monti de' legati più che in quelli di famiglie. Se in questi ultimi la successiva chiamata de' godenti, per essere nella forma più alla sostituzione somigliante, agevola la via ad averli ugualmente che queste come fedecommissi, il medesimo interverrà ne' monti di legati più dove piccole differenze certo non fanno mutar di principi la istituzione. L'istitutore, per esempio, gravava gli eredi di conservare una data somma po' poveri di tutte le future generazioni; creava per ogni vita un amministratore col carico di ricevere la massa de' beni, e distribuirne la rendita alle persone chiamate; e disponeva che l'amministratore la restituisse sempre intatta al successore suo. Sarebbe questa la più semplice forma alla quale si può ridurre la fondazione di un

(1) Engenio Nap. Sacr. pag. 334.
Capaccio il Forastiero, giornata nona.
(2) Capaccio giornata nona.

(3) L. 19. § 1. *D. de condit. et demonstrat.*

monte di beneficenza; e noi diciamo che questa non altrimenti da qualunque altra istituzione si voglia concepire, ritiene la natura del fedecommesso, e ciò per tre ragioni.

Primamente ci prende la natura di fedecommesso quel legato che sia lasciato per modo indiretto. Ciò vien dimostrato per la definizione stessa del fedecommesso, o sia per quella qualità tutta sua propria e ho lo differenza dal legato: *legatum est quod legis modo, idest imperativae testamento relinquatur. Nam ea quae precativo modo relinquuntur fideicommissa vocantur* (1). Dal quale luogo di Ulpiano risulta manifesta la nostra conseguenza, perocchè la voce *precativo* in contrapposto de' modi imperativi adoperati nel legato, indica la mediazione dell'erede, e quindi va intesa come sinonimo d'indiretto. Più manifesta tal conseguenza deriva dalla definizione del fedecommesso fatta dallo stesso giureconsulto: *fideicommissum est quod non civilibus verbis, sed precativae relinquatur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur sed ex voluntate datur relinquentis* (2). Ed è finalmente illustrata dalla natura delle parole che il giureconsulto Paolo adopera per distinguere le diverse specie delle liberalità: *fideicommittere his verbis possumus: rogo, peto, volo, mando, deprecor, cupio, injungo, desidero quoque et impero verba utile faciunt fideicommissum. Relinquo vero et commendo nullam fideicommissi pariunt actionem* (3). Non monta qui il fermarsi sulla controversia se colla parola diretta *relinquo* potesse intendersi lasciato fedecommesso, perchè estraneo al nostro argomento. Nondimeno potendo siffatta distinzione del giureconsulto ingenerare il dubbio che non si potesse altrimenti se non con quelle precise parole lasciar fedecommesso, e che una disposizione in qualunque altro modo men che di preghiera espressa dovesse essere annoverata piuttosto tra' legati; vuolsi notare che per diritto romano consisteva appunto in ciò la differenza tra il legato e il fedecommesso, che il primo come quello che prendeva la sua origine

dall'antico diritto in cui era rigorosa l'osservanza delle formole, non potevasi lasciare se non per uno de' modi dalla legge prescritti; laddove il fedecommesso venuto in tempi di men severa interpretazione, potevasi lasciare utilmente e per questa e per qualsivoglia altra formola, dalla quale si raccogliesse la volontà del defunto. In fatti il giureconsulto Paolo negli esempi delle parole, per le quali potevasi far fedecommesso novava anche la diretto ed imperative, proprie de' legati: *Volo, mando, injungo, impero*. Ma questa differenza, qualunque ella si fosse, finì col diritto giustiniano, ed era stata già tolta quanto alle formole per le costituzioni degli Imperatori molto tempo avanti Giustiniano. Quindi non si vuol certo al presente aver riguardo alle parole adoperate, in guisa che da queste esclusivamente si debba eavar la natura dell'atto che vi si contiene; ma si bene porro mente all'obbligo della conservazione de' beni e della successiva e graduale chiamata degli amministratori e degli amministrati o de' godenti, per cui il fedecommesso si differenzia dal legato.

La seconda ragione per cui il proposto legato assume la qualità fedecommessaria, si è perchè si può costituir fedecommesso sotto nome de' tutori e amministratori. La qual massima è scritta nella l. 20 C. de fideicom. *Etiam a pupillorum tutoribus velut ab ipsis relicta fideicommissa debentur*. E però nella l. 5 D. de legatis §. III si dice: *ab his qui rempublicam gerunt fideicommissum dari potest*. In questo caso la persona del tutore, curatore o amministratore è un nome di diritto, o sia è un mezzo per far pervenire la cosa legata alle persone, che il testatore volle effettivamente gratificare; siccome è provato per la legge §4 §. 1. D. *De usu et usufr. leg.* e per la legge 69 §. 2. D. *de leg.*

Da ultimo la terza ragione per cui quel legato è fedecommesso deriva da ciò, che la successione de' gradi tra gli amministratori o i tutori conteneva implicitamente quella de' chiamati. Cotesta proposizione è conseguenza necessaria della seconda,

(1) *Ulpian. fragmenta Tit. de legat.* §. 1.

(2) *Ulpiano fragm. Tit. de fideicom. §. 1.*

(3) *Paul. sentent. lib. 4. Tit. 1. §. 10.*

perciocchè quel che è stato detto del primo grado, de'intendersi do' seguenti. Ed indipendentemente da questa ragione, nella specie istessa del fedecompresso lasciato al municipio ed a qualunque altro corpo morale, di cui parla la legge 5. *de legatis*, è implicita la successione de' gradi ulteriori, dappoichè questi sono tanti quanti i rettori e gli amministratori ebe gli uni agli altri si succedono.

I monti dunque di famiglie e quelli di oporo pie, allorchè contengono chiamate successive e graduali differiscono quanto allo scopo della liberalità, ma sono circa

il mezzo affatto simili tra loro. La somiglianza può nascere o dal precetto della conservazione de' beni o dalla chiamata progressiva de' successori; il che detto con altri vocaboli è il fedecompresso reale o personale. Le generazioni sono nelle famiglie, come tra gli estranei, la misura de' gradi; l'invito alla successione per gradi può nascere tanto dalla chiamata diretta delle persone gratificate, quanto per quella de' loro tutori o amministratori, e però dove sia stato coordinato un fedecompresso tra questi, dee intendersi necessariamente stabilito anche per quelli.

II.

Atti legislativi, pe' quali può dirsi avvenuta la dissoluzione de' monti.

Dopo gli esposti principi sarà ancora miglior consiglio lasciar da banda qualunque altro ragionamento, ed illustrar la natura de' monti colla sposizione degli atti stessi del governo che vi ebbero rapporto. Imperocchè se l'opinione del legislatore è realmente quella che noi presumiamo essere stata, servirà una tal disamina di riprova al giudizio che già abbiampformato e di norma alle nostre osservazioni.

Primo atto governativo di cui vuolsi tener conto in questo argomento o la legge de' 15 marzo 1807, che abolì le sostituzioni fedecommissarie. Per essa fu segnato un gran mutamento in tutta quanta la società, da poi che il legislatore ebbe voltato l'animo a fondar sopra ben altre basi tutto il sistema delle successioni per ordinare a' nuovi bisogni il cammino della proprietà. A questa legge tenno dietro il codice civile, il quale serbò immutati i principi in quella stabiliti; posea il Real decreto de' 22 ottobre 1808 che dichiarò la forza che aver doveva questo novello codice, e ne fissò l'osservanza al dì 1° gennaio 1809. E più dappresso alla materia che ora ci occupa sopraggiunse il decreto degli 11 settembre 1809, il quale dispose che fossero terminate per via di arbitramenti tutte le controversie che potessero sorgere nella divisione de' beni de' monti di famiglie; e con esso tutti gli altri decreti e rescritti che ne comandarono la esecuzione. Finalmente il decreto de' 17 marzo 1811, nel quale si conteneva un precetto

del legislatore per tutti coloro che non avessero voluto seguirlo il suo consiglio dettato dal citato decreto degli 11 settembre 1809. Per tal modo i monti di Pietà e di Beneficenza esistenti prima del 1809, se erano misti con altri legati di famiglie, sono stati sciolti per virtù del decreto degli 11 settembre di quello stesso anno; e se non avevano alcuna mistura di questa specie, sono stati confusi nella massa dei beni e delle opere della Pubblica Beneficenza. Le particolari fiducie istituite dai testatori sono rimase estinte e l'Amministrazione pubblica è sottenrata nelle cure e negli uffizi di quelle. Il qual fatto, poichè va piuttosto ricordato per gli esempi che non dimostrato per essere sotto gli occhi di tutti, vien provato dal decreto de' 16 ottobre 1809 circa la forma dell'amministrazione della Pubblica Beneficenza e da molti altri particolari decreti, come quello de' 24 giugno 1810 pel Monte di Pietà di Cosenza e di tutte le istituzioni simili di quella proviucia; quello de' 5 marzo 1812, col quale si dispose de' beni rimasi liberi per lo scioglimento del monte di Gerasio; quello de' 2 aprile dello stesso anno, relativo a' beni divenuti liberi per lo scioglimento di tutti i monti della capitale; per virtù delle quali disposizioni tutti i beni rimasi dopo la dissoluzione de' monti furono aggregati all'amministrazione del monte della Misericordia. E quanto alle fiducie, alle quali siffatto istituzioni erano state per innanzi raccoman-

date, il decreto del 1 ottobre 1811 dimostra che la legge volle conservare e stabilire solamente quelle che non si opponessero all'abolizione delle sostituzioni. In questo decreto fatto ad occasione de' diritti di padronato, che molte famiglie per fondazione o dotazione rappresentavano sopra i luoghi di carità e di beneficenza, fu premesso come principio che le condizioni apposte da' fondatori negli atti di liberalità dovessero essere eseguite per quanto non si opponessero alle leggi generali. Circa i diritti di padronato, nei quali era compreso quello di scegliere gli amministratori o d' invigilare in altro modo all'amministrazione, fu coll'articolo 3. dichiarato: *idritti di padronato, ammessi a tenore dell'art. 3. e da noi confermati, potranno trasmettersi per testamento, tolta qualunque sostituzione fedecommissaria, o per eredità intestata tra i gradi della successione legittima*. Quel che fu detto del particolare de' padronati è applicabile alla generalità di ogni altro gravame, o condizione aggiunta nelle particolari fondazioni. La legge stessa dunque non solamente ha interpretato la natura de' monti, ma ne ha fatto eseguire ancora lo scioglimento, per averli giudicato incompatibili co' principi del nuovo diritto.

Tale incompatibilità nasceva appunto dacchè avendo il legislatore veduto dagli effetti che i monti altro non erano se non fedecommissi, doveva per conseguente giudicare contraddittoria l'esistenza di quelli con l'abolizione di questi. E però lasciando stare qualunque altro atto legislativo venuto posteriormente, deesi ritenere che l'abolizione de' monti sia stata effettivamente operata dalla legge de' 15 marzo 1807.

Non v'ha un dubbio al mondo che quando una legge posteriore comanda espressamente ed in termini precisi una special disposizione, cessi qualunque presunzione fondata ne' termini generali d'una legge anteriore. Ma è vero altresì che quando l'ultima legge altro non fa che esemplificare il principio nella prima contenuto o esporne qualche particolar conseguenza, vada risguardata non come una novella legge, ma come interpretazione della prima, e debbasi la sua autorità a quella prima data ancora ricondurre. Cotesto principio maleamente applicato ha fatto riconoscere la

sola causa dell'abolizione de' monti nel decreto de' 17 marzo 1811, ritenendo come inefficace in questa materia la legge di marzo 1807. Forse non si disconviene che il precludere da quest' epoca l'adito ad acquistar nuovi diritti, e il ricouoscere praticamente la forza di quella prima legge, avrebbe potuto alla giurisprudenza procacciare nota di soverchia severità, quando per l'opposito la legge erasi mostrata assai benigna nel dire espressamente con una nuova disposizione quel che logicamente andava dalle precedenti dedotto. Ma se la prudenza del legislatore seppe mitigare l'applicazione del diritto, da ciò non si vuole inferire che nel primo suo pensiero, dal quale era dettata la legge del 1807, non sieno stati compresi anche i monti di famiglie; di talchè se niun' altra posteriore fosse sopravvenuta, non sarebbero rimasi da quella prima disciolti; il che importerebbe riconoscere il principio senza le conseguenze.

Tale ci sembra il valore che deesi assegnare a ciascuna delle disposizioni dianzi esposte; e con ciò rimangono confutati quelli ancora che credono essere il nostro pensiero combattuto dalla legge che posteriormente sciolsi i monti; dalla quale noi crediamo desumere un argomento che vale invece a confermarlo. Difatti quando il legislatore ha osservato non aver la giurisprudenza compreso nella prima abolizione tutti i casi d'istituzione, che producevano quei dati effetti, da lui voluti evitare, ha creduto indispensabile di dichiararlo espressamente con un altro atto legislativo il quale meglio sarebbe stato un regolamento indirizzato ad uniformare l'esecuzione al principio già precedentemente stabilito. Ciò è tanto vero che a quella prima legge del 1807 veggiam seguire il decreto degli 11 settembre 1809, il quale dispone che s'abbia a terminare per via di arbitramenti tutte le quistioni che le divisioni de' monti di famiglie saranno per produrre. Non sarà dunque vero che il legislatore intendeva parlare della divisione già implicitamente prescritta dalla legge del 1807? Non è egli chiaro che cotesto citato decreto sia stato scritto per regolare l'esecuzione di quei diritti, stati già da prima stabiliti?

Ma finalmente vien fuori il decreto dei 17 marzo 1811, col quale il legislatore,

non avendo veduto perfettamente compresa o applicata la prima legge, nè seguito diremmo quasi il suo consiglio, contenuto nel decreto del 1809 sul modo di regolar la esecuzione, si fa a dichiarare nel positivo precetto che i monti di famiglie rimangano disciolti. Si dirà perciò avvenuta la dissoluzione de' monti non prima del 1811? I monti di famiglia erano stati già sciolti dalla legge del 1807, perocchè non è presumibile che il legislatore per sola differenza di nomi avesse abolito i fedecommissi ritenendo i monti di famiglie, quando da entrambe le istituzioni derivano presso a poco le medesime conseguenze: erano già sciolti, poichè non si sarebbe prescritto norma alcuna per la esecuzione della divisione, se tal divisione non fosse stata prima dichiarata.

Del resto qualunque sieno state le leggi posteriori a quella del 1807 e comunque abbiano potuto contribuire alla dissoluzione de' monti; è facil cosa dimostrare che senza il ministero di tutte le leggi speciali, che furon tra noi pubblicate dal 1807 al 1811, i fedecommissi, i monti e qualunque altra liberalità progressiva per le future generazioni sarebbero spariti per la sola forza del codice civile. Cotesta verità è evidente, perchè è la conseguenza dei principi regolatori così degli atti gratuiti come de' contratti. Per virtù di tali principi furono distrutte tutte le presunzioni o finzioni di diritto, per le quali erasi pervenuto a rendere perpetue le sostituzioni e le donazioni, e ad assimilare gli effetti delle ultime volontà a quelli degli atti tra vivi.

In primo luogo la legge dichiara incapace di succedere per prossimità di sangue o per testamento chiunque non si trovasse nato o concepito alla morte di colui al quale si succede, e dichiara incapace di ricevere chi non è o almeno concepito al tempo della donazione (1). Vieta inoltre le sostituzioni, per le quali i beni possano essere conservati o restituiti a gradi più remoti, e con ciò limita la facoltà di disporre delle proprie cose soltanto in fa-

vor della generazione presente (2). Richiede per accessità di forme che le liberalità per atti tra vivi sieno accettate da colui al quale sono conferite (3). Proibisce infine senza eccezioni che niuno possa stipulare per altri fuorchè per se medesimo (4). Ecco dunque sbarbicate dalle radici le sostituzioni e le donazioni progressive.

A questi rigorosi principi del nuovo diritto civile non possono farsi altre eccezioni, se non quelle scritte nella legge stessa in favor de' diseredanti o de' figliuoli de' fratelli e de' figliuoli contemplati in una donazione per causa di matrimonio (5). E perchè non resti altra cosa a dire intorno a tal materia, aggiungiamo alla semplice esposizione del diritto presente la testimonianza di Toullier, anche per rispetto alle disposizioni condizionali. — « Per ricevere anche sotto condizione è necessario esistere. Non si può donare a colui che non è in *rerum natura*, tranne i casi delle sostituzioni permesse dagli art. 1048 e 1049, i quali permettono di donare a uno de' figliuoli o a uno de' fratelli o sorelle coll'obbligo al donatario di restituire a' propri figliuoli nati o da nascere. Fuori di questi due casi, e di quello dell'art. 1082 bisogna esistere anche per ricevere sotto condizione. In ciò il codice si è allontanato dal diritto romano, il quale permetteva di dare direttamente a' fanciulli da nascere; ed ha seguito la ragionevole disposizione dell'ordinanza del 1735, che dichiarava invalida in qualunque caso l'istituzione di erede, se colui in favor del quale era fatta, non fosse nato o concepito al tempo della morte del testatore (6) ».

Da tutto ciò segue per indubitata conseguenza che le nostre leggi speciali intorno allo scioglimento de' fedecommissi o de' monti altro non han fatto se non accelerare quel naturale effetto che avrebbe prodotto la legge comune abbandonata al suo regolare corso. Presuppongasi infatti che tali leggi non fossero, la generazione de' nati avrebbe goduto de' vantaggi

(1) Art. 822 LL. CC. 906 Cod. Fr.

(2) Art. 941 LL. CC. 896 Cod. Fr.

(3) Art. 836 LL. CC. 932 Cod. Fr.

(4) Art. 1073 LL. CC. 1119 Cod. Fr.

(5) Art. 1003, 1004, e 1038, LL. CC. 1048, 1049, 1082 Cod. Fr.

(6) Toullier Lib. III. Tit. II. cap. 2. n. 92.

che l'erano stati preparati da una legge più indulgente, ma l'altra seguente sarebbe entrata alla vita senza alcun diritto antecedente alla nascita o al concepimento. Le persone e i diritti di questa novella generazione non avrebbero potuto andar confusi con quelli dell'antica, poichè la data delle leggi nuove avrebbe segnato il confine tra l'una e l'altra. Quindi senza andar in cerca di altri argomenti, il miglior mezzo per distinguere i diritti vecchi da' nuovi, e per evitare ogni errore nella interpretazione delle leggi intermedie, è il supporle non esistenti. Avrebbe potuto una donzella concepita dopo il dì 1 di gennaio 1809 domandare la dote donatale o legata da un suo rimoto ascendente? Si sarebbe ad una tal dimanda risposto che

quella liberalità fu efficace insinochè la legge rendevala capace di riceverla; e che dal momento in cui una contraria legge aveva tolto una tal capacità, non poteva ella vantare un diritto che più non era al tempo del suo concepimento. Nessun giureconsulto avrebbe potuto per interpretazione o per argomenti cangiar la negativa in affermativa, a dispetto del divieto della legge. Così essendo ancorchè non si voglia cedere all'autorità della legge de' 15 marzo 1807, come quella che abolendo i fedecomessi non fa motto dei monti di famiglie, non farà mestieri pertanto di ricorrere al decreto di marzo 1811 come al primo atto proibitivo del progresso de' monti.

III.

Giurisprudenza de' nostri tribunali.

Sin quà noi abbiamo interpretato l'intenzione del legislatore, desumendola dallo spirito e dal fine degli atti, co' quali i monti furono dichiarati sciolti. La natura di questi atti dimostra chiaramente, che risiedeva nella mente del legislatore l'idea che i monti dovessero cessar di esistere per effetto d'una legge o d'un principio già ammesso e riconosciuto. Gli atti tutti del governo, co' quali fu prima insinuata e poi comandata la materiale dissoluzione delle antiche fondazioni, sono enunciati ne' termini d'una conseguenza e non d'una nuova disposizione. Dovendosi una tal conseguenza riferire ad una legge preesistente, a quale altra può convenire se non alla legge de' 15 marzo 1807? Questo è l'argomento cardinale di tutta la nostra dimostrazione. Ma una interpretazione più severa presiede a' giudizi de' magistrati, specialmente quando trattasi di purgare una legge nuova dalla taccia di *retroattività*. Un diritto qualunque e anche una semplice aspettativa non si può perdere senza una espressa disposizione della legge innovativa. Il sottinteso, l'implicito, il presunto debbono essere interpretati a favore e non contro de' diritti esistenti. La lettera e non lo spirito della legge può distruggergli o modificargli.

Che questo sia il principio il quale ha regolato le decisioni de' nostri tribunali

il dimostra la stessa varietà della giurisprudenza che si scorge tra le prime decisioni e quelle che han dipoi formato il nostro diritto ricevuto. Esso appartengono a due periodi ciascun de' quali rappresenta un principio diverso. Nel primo la disamina versò circa le persone che potessero legittimamente rappresentare quelle de' fondatori, affin di ritirare le simbole che questi avevano conferito: nel secondo tutto lo scopo de' giudizi fu il far salvi i diritti di quelli, che trovandosi già nati nel tempo in cui fu disposta la dissoluzione de' monti, dovevano continuare a goderne i vantaggi.

Il diritto delle donzelle nubili essendo stato messo innanzi ad ogni altro, molte altre quistioni subalterne nacquero per lo numero delle persone, che in concorso venivano ad esercitare lo stesso diritto sulla medesima cosa.

Qual è il tempo utile, entro del quale debbonsi dir nate le donzelle, che possono pretendere la dote de' monti?

Il loro diritto era sospeso non solamente dalla condizione delle nozze, ma da altre condizioni ancora, le quali nascevano dalla volontà de' fondatori. Tali erano l'età in cui divenivan le donzelle capaci di godere de' benefizi del monte, il consenso de' suoi amministratori, la qualità del matrimonio, la reversione della dote allo della

morte senza disceendenti. Di tali restrizioni talune potevan dirsi vere *condizioni*; altre avrebbonsi potuto chiamar *modi*, ed altre semplici *differimenti*. E di quelle che avevano la natura di condizioni, talune dipendevano dal fatto delle donzelle; ed altre, per la dissoluzione de' monti comandata dalla legge, non potevano più essere adempiute. Quali dunque erano le condizioni, delle quali potevasi ancora esigere l'adempimento? Quali erano semplici modi o differimenti? Quali dovevansi avere come adempiute? La giurisprudenza dei nostri tribunali è stata tanto varia o incerta nello stabilire le regole della partizione de' beni; quanto il fu nel pronunciare, se i monti fossero, o no fedecommissi.

Circa il tempo utile cominciassi dal riguardare l'atto di settembre 1809, come quello che arrestar dovesse il progresso de' diritti delle donzelle nuovamente nate o concepite; indi il favore per la causa delle nubili si andò successivamente estendendo da data a data insino al real decreto de' 17 di marzo 1811; e siccome questo stabiliva il termine d'un anno, tra il quale la massa de' beni comuni dovesse trovarsi materialmente divisa, così si aggiunse ancora quest'ultimo termine alla vita de' monti, ed invitaronsi implicitamente a concorrere a' maritaggi anche le donzelle che sarebbero nate o concepite nel tempo eh'era stato assegnato per la materiale esecuzione della legge. Il numero delle aspiranti crebbe a tale, che non solamente disparve ogni reliquato pei capi di famiglia, ma i più ricchi monti bastarono a pagare appena una parte della dote stabilita cogli statuti della fondazione. Gli effetti della dissoluzione furono precisamente gli opposti di quelli che erano ottenuti dalla creazione de' monti. Il moltiplicamento de' primi capitali aveva creato un asse capace di somministrare successivamente ricche e cospicue doti a numerose discendenze di più famiglie; e non pertanto cotesto asse, tolto alle future generazioni, non bastò a render migliore la condizione degli attuali godenti, nè quella delle famiglie de' fondatori.

Contribuirono ancora a tale infelice successo i principi, pe' quali giudicaronsi

sciolte le condizioni; non perchè non fossero dettati da qualche particolar motivo di giustizia o di equità; ma perchè cooperarono a rendere simultaneo e presente quel debito, che nella durazione de' monti sarebbe stato successivo. Le condizioni dell'età, che aver dovevano le donzelle per entrare alla partecipazione de' monti furono dichiarate semplici *differimenti*. Per differimento intendiamo, a senso della legge, il giorno certo, aggiunto al legato o alla donazione, il quale rende sicuro l'evento, ma rimette ad un determinato tempo l'adempimento della obbligazione. Ne abbiamo le definizioni e gli esempi in più luoghi del diritto, e specialmente nelle leggi 1 e 79 D. *de condit. et demonstr.* nella prima è detto: *quum dies certus adscriptus est, quomodo dies non dum venerit, solvi tamen possunt, quia certum est ea debitum iri: e nell'altra: heres meus quum morietur Titius, centum ei dato: purum legatum est: quia non conditione, sed mora suspenditur: non potest enim conditio non existere.* Che se il giorno fosse incerto, allora sottentrerebbe l'altra regola, *dies incertus conditionem in testamento facit* (1). Ed è notabile, che volendo la legge dare l'esempio del giorno incerto, si servì appunto del caso delle nozze: *quum testator libertatem, tempore nuptiarum filii sui, vel filiae, servo dari jussit, non tempus praestandae libertatis praestituit; sed potius conditioni locum fecit, ut non in secutis nuptiis libertas jure posci non possit* (2).

Generalmente parlando, la legge chiama condizione il futuro avvenimento, nella dubbia esistenza del quale è riposto l'adempimento della obbligazione, o della volontà. Innumerevoli sono gli avvenimenti, i quali potrebbero essere scelti come condizioni dalla volontà di quelli, che dispongono per atti tra vivi, o per ultima volontà. Ma ciascuno di tali avvenimenti può esser messo come condizione o come modo ad arbitrio de' disponenti. V'ha non pertanto delle condizioni che posson dirsi assolute, perchè prendono un tal carattere dalla natura stessa delle cose, o dalla legge, e tra queste appunto è la condizione delle nozze. La legge prima *de con-*

(1) L. 75 *de Condit. et demonstr.*

(2) L. 8 C. *de testam. manumis.*

ditionibus distingue queste due sorte di condizioni, dappoichè dice: *legatis quae relinquuntur, dies aut certus, aut incertus, aut conditio adscribitur: aut si nihil horum factum sit praesentia sunt; nisi si ipsa conditio insit*. Ora in questa ultima specie di condizioni sono, in cento luoghi del diritto, annoverate le nozze, il perchè i legati di dote son sempre considerati come condizionali. È detto, per esempio, nella legge decima *de jure dotium*: *si ante matrimonium aestimatae res dotalae sunt, haec aestimatio quasi sub conditione est: namque hanc habet conditionem, si matrimonium fuerit secutum: secutis igitur nuptiis, aestimatio rerum perficitur, et fit vera venditio*. E nella legge 68 è data come generale la regola: *cum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam conditionem accipiat*.

Non mancò è vero, tra gli scrittori di controversie, chi avesse affermato, non essere il matrimonio la cagione movente del contratto di dote; ed una tale opinione fondavasi sopra una ragione, o meglio, sopra un pretesto desunto dalla legge *cum multa* dell'imperator Giustiniano, la quale assimila la donazione ante nuptias alla dote, e la dote costituita dopo del matrimonio, alla dote prima promessa. Ma un' elegante controversia di Antonio Merenda, sciolse la fallacia di tal dottrina, e dimostrò che la essenza di ciascun contratto de'essere ricavata dal suo fine; che il fine, o condizione tacita, della dote è il matrimonio; e che l'assimilazione, o l'accomunamento de' privilegi dotali fatto da Giustiniano in grazia de' matrimoni, non era una ragione sufficiente per confondere l'assimilante coll'assimilato; siccome illegale sarebbe il confondere la condizione colla causa nelle donazioni che si fanno *ob praeteritam causam* (1). Questa dunque è una di quelle viete quistioni, le quali leggonsi ne' vecchi libri delle controversie forensi, ma che non potrebbesi più riprodurre tra uomini conoscitori del diritto, e della sana giurisprudenza.

Ora dalle cose sin qua dette chiaramento apparisce, che nelle quistioni delle doti dovute alle *montate*, avrebbesi potuto avere come semplice differimento quella

ordinazione degli statuti, che assegnava una certa età per le donzelle che venivano a domandar la dote; ma non mai avrebbesi potuto qualificar come differimento, o come modo, la condizione delle nozze, la quale costituiva l'essenza del contratto che intesero stabilire i fondatori de' monti destinati a dotar le fanciulle delle proprie famiglie. La sola eccezione, che avrebbesi potuto fare a questa regola sarebbe stata nel caso di qualche monte in cui si fosse lasciato alle donzelle un appannaggio per facilità del matrimonio e non una dote. In questo caso la donazione o il legato avrebbe preso la figura di un modo, e non d'una condizione, differenza che trovasi espressa nelle due diverse formole *si nubat, o ut nubat*. Cotesta differenza è chiaramente stabilita dalla legge 70 D. *de conditionibus*, nella quale è detto: *nec parem dicemus eum, cui ita datum sit, si monumentum fecerit, et eum cui datum est, ut monumentum faciat*. Ma di monti che costituito avessero doti sotto forma di appannaggio o di sussidi, la memoria non ci suggerisce ora alcun esempio; siccome per contrario frequentissima scontrasi una tal forma ne' legati o appannaggi costituiti a' maschi secondogeniti, per causa di studi, di milizia, di prelature, o di altre professioni.

Ciò non ostante le decisioni de' tribunali, le quali da prima considerarono come assoluta la condizione delle nozze, son passate di poi a dispensar le donzelle dall'adempimento di quella, non perchè confusa l'avessero col differimento o col modo; ma perchè la compresero nel numero delle condizioni, che per fatto della legge non potevano più essere adempiute. Di queste eran certamente quelle, delle quali la dissoluzione de' monti non permetteva più l'adempimento; come il consenso dei governatori del monte; il matrimonio tra persone di pari condizione, o tra determinate classi; la rinuncia alla successione de' genitori; e la riverzione stessa della dote. In una parola, tutto quel che era stato da' fondatori stabilito in grazia della conservazione e dell'aumento dell'asso del monte, cessava, o dovevasi avere come non iscritto, tostochè mancava la vita

(1) Ant. Merenda *controv. juris* lib. III, *de essent. dotis*. Cap. I.

di quell'ente morale, che avrebbe dovuto raccoglierne i vantaggi. Cotali condizioni entrano in una delle due seguenti classi: o di quelle che si hanno per adempiute, se son mancate per fatto di colui che doveva esigerne l'adempimento: o di quelle altre che per essere divenute impossibili si hanno come non iscritte: alle prime è applicabile la regola delle leggi romane, *si is cui dare iustus sum accipere nolit, pro impleta conditione habetur* (1): alle seconde, l'altra regola, *impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas* (2).

Per verità non può legalmente comprendersi, come la condizione delle nozze potesse aver si per adempiuta, o in altri termini, come potesse dichiararsi *potestativa* una condizione di sua natura *mista*. Ma pure l'equità suggerì una benigna interpretazione, per la quale si presuppose, che avendo voluto i fondatori provvedere alla sorte delle loro discendenti, avevano alla donazione o al legato attaccato la condizione del matrimonio, in quanto che avevano sperato di ammetter successivamente allo stesso beneficio tutte le donne delle future generazioni, nella qual volontà erano da considerare due distinti atti di liberalità, uno per le presenti e l'altro per le future; sì che tolto di mezzo il secondo, per fatto della legge, rimaner doveva il primo; tanto maggiormente, quanto tenendo tra noi la dote il luogo di *paraggio*, o di legittima porzione; dovevasi presumere che a questo principal titolo fosse stata loro donata o legata da fondatori. A questa ragione aggiungevasi ancora l'altra, che per non pregiudicare i diritti delle donzelle presenti, i quali rimanevano in sospeso, uopo era considerargli come già verificati nel momento in cui veniva a sciogliersi la comunione. Così l'equità, o la benigna interpretazione de' giudici convertì in puro il legato condizionale della dote, e eliando tutte le donzelle nate e concepute insino al mese di marzo del 1812, distribul in minutissime porzioni la grande massa de' beni de' monti di famiglie, detratta la parte non picciola che ne rimase assorbita dalle liti, e dalle giudiziali amministrazioni.

D'onde è nato che il successo d'una operazione dalla quale tanto bene promettevasi alla fortuna delle famiglie non abbia corrisposto al fine del legislatore, e alle speranze de' privati? È da imputarsi alla legge, o alla giurisprudenza?

Rispettando i motivi che suggerirono al legislatore la dissoluzione de' monti di famiglie, e professando un eguale rispetto pe' principi che han regolato la giurisprudenza de' tribunali; a noi sembra che in una cosa sola possa essere tassato di poco antivedimento l'atto legislativo di settembre 1809 insieme cogli altri che lo seguirono. Questo è l'aver interamente abbandonato alla interpretazione de' giudici l'esecuzione di una legge, deliberata nell'interesse generale delle famiglie, e della *proprietà*. Ognun sa, che lo spirito della giurisprudenza è diverso da quello della legislazione; e che mentre il legislatore ha gli occhi rivolti all'utilità generale; d'altra parte i giudici delle private controversie, veggono tutte le cose nell'interesse solo delle parti contendenti. Lo spirito inoltre della privata giurisprudenza è di sua natura *conservatore*, e alieno dalla novità, sì che trovasi sempre in opposizione collo spirito delle leggi innovative; sopra tutto quando queste rovesciano antiche istituzioni, e usanze inveterate. In tali casi la speranza ha costantemente dimostrato, che i giudici de' magistrati tendon sempre a conservare quel che più si può dell'antico, e guardando la novità quasi sotto uno sfavorevole aspetto, interpretano la legge come se fosse scritta per l'interesse presente delle parti che sono in giudizio, e non per la generalità, e per le future generazioni. Tal è, e tal debb'essere lo spirito della giurisprudenza, alla quale è data la custodia de' diritti individuali, o la severa applicazione delle leggi preesistenti al fatto. Ma v'ha un altro inconveniente inseparabile dagli umani giudizi, ed è la difformità, conseguenza della varietà delle opinioni delle persone, e degli accidenti, i quali fan sì che le medesime controversie, guardate ora in un punto di veduta, ed ora in un altro, sieno diversamente decise; il che suole tornare a biasimo de' giudicanti, quantunque spesso avvenga per

(1) L. 3. D. de condit. instit.

(2) L. 3. de condit. et demonstr.

una diversa combinazione degli elementi del giudizio. Certo è non pertanto, che la difformità è un male inevitabile della esecuzione d'una legge, commessa alla libera interpretazione de' giudici delle private controversie; il perchè ogni legge, e qualunque ordinazione fatta nell'interesse generale, uopo è che contenga in se stessa la norma della esecuzione.

Di questa verità furon sì convinti i nostri legislatori nella riforma delle antiche leggi; che molte delle nuove furono precedute o accompagnate da decreti o da altri atti legislativi transitori, i quali o spiegavano l'intenzione delle nuove ordinazioni, o regolarono il passaggio de' diritti delle persone da uno stato all'altro. Quante quistioni non prevenne la saggia spiegazione fatta intorno alle rinunzie, che trovavansi di aver fatto le donne passate a marito, allorchè fu tra noi pubblicato il nuovo codice civile? Quanto utile e saggia non fu la legge transitoria del 1809 intorno alle ipoteche, la quale dettò il modo da conservare i diritti acquistati, o da distinguergli da quelli che sarebbero nati dalla nuova regola ipotecaria? Così similmente, poche dichiarazioni eho il legislatore avesse fatto nel 1809, allorchè ordinò la dissoluzione de' monti, avrebbero as-

sicurato alla legge una uniforme e facile esecuzione. Se avesse, per esempio detto ebe i monti, contuendo un modo di trasmissione de' beni, tutto fedecommissario, avevan cessato di avere una legale esistenza per la legge de' 15 di marzo 1807; che salvo alle donzelle a quel tempo nate o concepite il diritto alla dote, quando si fosse verificata la condizione del matrimonio, i beni fossero tornati alle famiglie dei fondatori in proporzione delle simbole da prima contribuite; se si fossero regolati i diritti de' secondogeniti o delle altre persone che godevan sussidi, come praticossi colla legge de' 15 marzo 1807 pe' livelloisti; quanto celere ed uniforme non sarebbe stata la distribuzione de' beni dei monti? Quanto vantaggio non ne avrebbero sentito i padri di famiglia? Costoro avrebbero trovato in un aumento impreveduto della loro fortuna un compenso all'obbligo di dotar le figliuole, che di nuovo veniva a ricadere su di loro.

Per la qual cosa, chi volesse soggettarlo ad un esame critico il fatto della legge, o de' giudici, troverebbe a ridire di quello più che di questo. Il difetto di antivedimento è imputabile al potere che ordina, e non all' autorità che esegue. (1)

(1) Questa dissertazione fu scritta per un giureconsulto estero, il quale desiderò conoscere che fossero i nostri monti di

famiglie, il perchè fossero stati sciolti, e come fosse stata regolata l'esecuzione della legge.

DISSERTAZIONE III.

DE'LE SERVITU' DISCONTINUE E NON APPARENTI ACQUISTATE PRIMA
DELLA PUBBLICAZIONE DEL CODICE CIVILE.

Interrogati se l'articolo 691 del codice civile francese, che è il 612 del codice delle nostre leggi civili, abbia distrutto tutte le servitù discontinue e non apparenti, acquistate prima della pubblicazione del codice francese; se vi sia mezzo da

distinguerle dalle illegittime che si volessero ora acquistare in dispregio della legge; e per ultimo, se una servitù di strada possa essere scambiata con un semplice diritto di passaggio; abbiamo risposto quanto segue.

I.

Prenozioni intorno alle servitù discontinue.

Il diritto nuovo ripete la divisione delle servitù da alcuni caratteri propri a distinguere la loro natura, e questi sono la *continuità* e l'*apparenza*. *Continue* sono quelle servitù, il cui esercizio è, o può essere continuato senza la necessità d'un fatto presente dell'uomo, come gli acquidotti, gli stillicidi, i prospetti. *Discontinue* sono quelle altre, che per essere esercitate, necessariamente abbisognano d'un fatto sempre presente dell'uomo, come il diritto di passare per lo fondo altrui, di attingere acqua, di menare animali al pascolo (1). *Apparenti* sono quelle servitù, che manifestansi con opere esteriori, come la porta, la finestra, l'acquidotto. E per l'opposito *non apparenti* sono quelle altre che non offrono alcun segno esterno della loro esistenza, come il diritto d'impedire la fabbrica sopra un dato suolo, o di limitare l'altezza di quella (2). Da queste definizioni ricavansi due conseguenze, il rilevare le quali serve a meglio intendere i due caratteri della *continuità* ed *apparenza*. E continua ogni servitù, che perennemente diminuisce la libertà del fondo serviente, dappoichè non si esige, che l'acqua sempre scorra, purchè vi sia l'acqui-

dotto per lo quale passi, o la gronda, dalla quale stili.

Ogni servitù discontinua può divenire continua, ed ogni servitù non apparente può divenire apparente, se quel diritto che è riposto nell'azione libera e spontanea del padrone dominante, si converta in un fatto permanente e visibile per segni esteriori. Difatti la servitù di attingere l'acqua, che di sua natura sarebbe discontinua, diverrebbe continua, se il padrone di quella costruisse un canale, per lo quale l'acqua stessa venir potesse dal fondo serviente al dominante; o la servitù di passaggio, che di sua natura sarebbe non apparente, diverrebbe apparente, se il padrone del fondo dominante aprisse nel muro comune, o costruisse nel fondo serviente una porta, la quale dimostrasse esternamente l'esistenza del diritto suo. Laonde la *continuità* e l'*apparenza* sono due caratteri *accidentali*, i quali appartengono al modo più che all'essenza delle servitù (3).

Le servitù continue apparenti possono acquistarsi per lo solo possesso, mentrechè le continue non apparenti e le discontinue non si possono oggi acquistare, che

(1) Art. 609 del Cod. Civ.

(2) Art. 610.

(3) Pardessus, *Traité des servitudes*, Part. 1. Cap. 1. Sect. 2.

mediante un titolo; il che vuol dire, essere data per le prime l'azione possessoria, e non essere le seconde capaci se non d'un giudizio petitorio; o sia essere le une *prescrittibili*, *imprescrittibili* le altre. Questo è il più notevole cambiamento, che le leggi nuove abbian fatto alle antiche, lo quali permettevano, che le servitù si acquistassero per la prescrizione di lungo tempo. La ragione di tal cambiamento dee essere ricavata dalle leggi e consuetudini che ressero già per molti secoli in Francia. Era quel regno diviso da contrarie leggi, dappoichè in alcune provincie era necessario un titolo per acquistare qualunque specie di servitù, ed in altre era la prescrizione ricevuta come un modo legittimo di costituirle. Ed in quelle stesse provincie, nelle quali la prescrizione era ammessa, vario era il tempo dato a prescrivere (1). Il codice civile avendo voluto ovviare alla contrarietà delle leggi, distinse la volontà espressa dalla presunta. Ed acciocchè una siffatta distinzione convenisse alla materia, cui doveva essere applicata, definì le servitù per caratteri certi e visibili, i quali non rendessero ambigua, nè la volontà dell'acquistatore, nè l'acquiescenza del possessore del fondo *serviente*. Tutto quello che poteva rendere dubbia la tacita volontà delle parti, doveva essere deciso in favore della libertà de' fondi. La reciprocazione degli uffizi, la concordia e la familiarità, che sovente passa tra i vicini dà luogo ad atti, che non debbono essere conversi in obbligazioni, quando non sieno fatti coll'intenzione di acquistare per una parte, o di cedere per l'altra. In somma la tolleranza ed il consensuosi distinguono anche per quella

regola del diritto antico: *Quod affectu datum est, hoc et ad exteros transire non videtur* (2). Per tai motivi il codice francese introdusse coll' art. 691 un diritto affatto nuovo di rincontro alle leggi romane, o nuovo in parte a rispetto di alcune parti della Francia. *Le servitù continue non apparenti, e le servitù discontinue sieno o non sieno apparenti, non possono stabilirsi, se non per mezzo d'un titolo. Il possesso, benchè immemorabile, non basta a stabilirle.*

Ma volle forse la legge distruggere le servitù già acquistate in quelle parti della Francia dove la prescrizione, o l'immemorabile possesso era stato insino a quel tempo un titolo valido per costituirle? Volle forse il nostro legislatore distruggere tutte le servitù acquistate per la prescrizione di lungo tempo nelle nostre provincie, che erano per secoli rivute colle leggi romane? Il contrario apparisce dalla limitazione aggiunta, e in Francia, e tra noi, nella seconda parte del citato art. 691. *Senza che per altro si possano attualmente impugnare le servitù di tal sorta, acquistate già col possesso in quei paesi, ove potevano in tal modo acquistarsi.*

Or l'eccezione, e non la regola dell' art. 691 forma il soggetto della presente controversia. Se la legge non solamente non distrugge, ma vieta l'impugnare le servitù acquistate col favore dello *antico* leggi, uopo è dire che il possesso di quelle de' essere oggi sì tranquillo e sicuro, come era per lo passato, e che la legge dee custodirlo e garentirlo a quel modo medesimo, col quale difende le servitù acquistate per titolo, come se nessuna differenza tra le une e le altre esistesse.

II.

Come sia stato inteso ed applicato in Francia l'articolo 691 del Codice Francese.

Non potremmo far meglio intendere l'opinione de' legislatori e degl' interpreti Francesi intorno all'articolo 691, che at-

tignendola dalle discettazioni de' primi autori di quella legge.

« Cotesta eccezione, dice Lochè, con-

(1) *V. Repert. de jurisprucl. art. servitude.*

Exposé des motifs (M. Berlier) *procès verbal du 5 Pluviose an. 12 T. IV,*

pag. 104 e 105 Tom. II, 2. Part. pag. 109 (Albisson).

(2) *L. 6 D. de serv. leg.*

tenuta nella seconda parte dell' articolo , fa cessare la regola generale a rispetto delle servitù acquistate col possesso nei paesi , ne' quali potevansi quelle per tal modo acquistare. La Corte di Appello di Metz ricordò, che in molti luoghi l' immemorabile possesso aveva forza di titolo a rispetto delle servitù; che in altri luoghi le servitù acquistavansi col possesso di venti anni. Osservò, che se è essenziale cosa, avere intorno a questa materia l'unità della giurisprudenza, è altresì giusto il non attentare contro a' diritti legittimamente acquistati; e che tale sarebbe l'effetto dell' articolo, se a quello non si aggiungesse una clausola salvatrice).

« Questo timore era mal fondato, dappoichè le leggi non possono avere effetto retroattivo pe' diritti legittimamente acquistati prima della loro pubblicazione. Ciò non ostante pensossi, essere saggia cosa l'aggiugnere la dichiarazione espressa, che domandavasi, affinchè si prevenisse ogni soggetto, o anche ogni pretesto di sollecitudine ».

« La Corte di Appello di Besançon domandava, se convenisse determinare un modo, o fissare un termine, nel quale si verificassero le servitù regolarmente prescritte avanti la pubblicazione del nuovo codice. Il silenzio della legge intorno a quest' articolo presenterebbe un doppio inconveniente: potrebbe far pensare, o che le servitù già acquistate, non sieno state conservate, o che la prova della prescrizione d'una servitù discontinua potrebbe essere ancora ammessa per un tempo indeterminato, semprechè si allegasse essere stata quella acquistata prima della pubblicazione del codice; il che farebbe nascere moltissime difficoltà, le quali dee la saviæza del legislatore prevenire ».

« La Corte di appello di Limoges, mentrechè riconobbe la massima, che la legge non può torre un diritto acquistato, perchè non può avere effetto retroattivo, soggiungeva: potrebbe non pertanto avvenire, che si perdessero le prove; in tal caso quali sono le cautele per evitare un tale inconveniente, e per conservare

i diritti acquistati? Converterà forse che le parti facciano riconoscere in giudizio i loro diritti; o che giudiziarmente quelli domandino? Quale moltiplicazione di liti ».

« Le cautele proposte erano per lo meno inutili, per non dir di più. Le difficoltà che volevansi prevenire erano immaginarie. Tostochè il diritto antecedente è conservato per le servitù acquistate, si pronunzierà intorno alle quistioni a quelle relative, come se il codice non esistesse; e dappoichè la pubblicazione di questa nuova legge non muta punto lo stato delle cose, il fissare per esse un modo, o un termine sarebbe una novità fatta con vizio di retroattività alla giurisprudenza che regola la materia (1) ».

L'opinione di Locré è ricavata dall' esposizione de' motivi della legge fatta dal Tribuno Albisson, il quale enunciò la medesima sentenza quasi ne' medesimi termini. Parlando egli del secondo membro dell' articolo 691, osservò:

« Il progetto avrebbe potuto fermarsi alla prima parte senza timore di attentare contro a' diritti acquistati già per virtù del possesso in quei paesi, ne' quali il possesso è stato sinora ammesso; dappoichè le leggi non possono avere alcun effetto retroattivo a rispetto de' diritti legittimamente acquistati prima della loro pubblicazione; ma non però è meno loderevole la saggezza dell' espressa dichiarazione fattane, onde prevenire ogni soggetto o pretesto di sollecitudine (2).

Adunque la mente de' legislatori è stata, che del diritto di coloro, i quali avevano acquistato prima della pubblicazione del codice civile una servitù discontinua o non apparente, si fosse giudicato, come se la nuova legge non fosse promulgata.

L' illustrazione data dagl' interpreti dell' articolo 691 spande maggior luce sopra la presente quistione, dappoichè hanno essi voluto determinare il senso del citato articolo per modo, che da una parte la legge nuova non potesse essere invocata per involar diritti acquistati col favore, e sotto la fede delle antecedenti leggi, e

(1) *Esprit du Code Civil* Liv. II. Tit. IV. Des servitudes Cap. III. Sect. 11. 2.^{me} subdivision.

(2) *Rapport fait au tribunal par le tribun Albisson*; Séance du 7 Pluviose an, 12.

dall'altra la legge antica non conservasse alcuna autorità dal momento, in cui la nuova è stata pubblicata. Laonde seguendo questa norma hanno gli stessi interpreti preveduto due casi, ne quali sono distinti i confini dell'uno, e dell'altro principio. Il quasi possesso d'una servitù dichiarata, per le presenti leggi, imprescrittibile, poteva essere incominciato e compiuto sotto le antiche leggi. Se fosse solamente incominciato, la continuazione del possesso, e quindi il compimento della prescrizione si abbatterebbe nella resistenza della vigente legge. Compire ora il possesso sarebbe lo stesso che acquistare la servitù per un mezzo dalla legge riprovato.

Ma se il possesso necessario alla prescrizione era già compiuto, prima che la nuova legge apparisse, il toro a questo possesso la più piccola parte della sua efficacia, sarebbe lo stesso che distruggere un diritto acquistato. Queste due proposizioni non solamente sono di per loro stesse manifeste, ma sono altresì confermate dall'autorità de' più chiari scrittori del diritto francese. Merlin propone e risolve queste medesime quistioni nel seguente modo:

« Ma a quale legge attendersi per determinare i diritti acquistati per un possesso incominciato prima del cambiamento avvenuto nella legislazione, sia a riguardo della prescrivibilità della cosa che ne forma il soggetto, sia a rispetto delle condizioni richieste per la prescrizione »?

« Conviene distinguere, se nel momento, in cui è apparsa la nuova legge la prescrizione fosse compiuta secondo la legge sotto la quale il possesso era incominciato, ovvero se non fosse ancora compiuto. Nel primo caso non v'ha dubbio, che la prescrizione non conservi tutto l'effetto suo. Questa è la conseguenza necessaria del principio, che le nuove leggi non possono *retroagire*. E però il codice civile decidendo coll'articolo 691, che il possesso anche immemorabile non basta per stabilire le servitù continue non apparenti, nè le servitù discontinue apparenti e non apparenti, aggiugne: senza che si possano oggi impugnare le servitù di questa specie già acquistate per la prescrizione ne' paesi, dove quelle potevansi per tal modo acquistare ».

« Nel secondo caso bisogna suddividere

la quistione: o la legge, sotto l'imperio della quale il possesso è incominciato, non differisce dalla legge nuova, che per la quantità del tempo necessario per acquistare la prescrizione: o v'ha contrarietà tra l'una e l'altra legge intorno alla prescrivibilità della cosa posseduta ».

« Nella prima ipotesi, il codice civile vuole, nell'articolo 2281, che le prescrizioni incominciate al tempo della pubblicazione di quell'articolo sieno regolate conformemente alle leggi antiche. Ciò non ostante soggiugne: le prescrizioni incominciate, e per le quali le leggi antiche richiederebbono più di trent'anni, saranno compiute pel tempo di trent'anni ».

« Nella seconda ipotesi è ancora necessaria una seconda suddivisione. O l'antica legge differisce dalla nuova, perchè questa permette il prescrivere ciò, che quella dichiarava imprescrittibile; ovvero differiscono l'una dall'altra, perchè la nuova dichiara non prescrivibile quello che l'antica permetteva di prescrivere. Nel primo caso il possesso incominciato avanti la legge nuova, non può essere contato per la prescrizione. Vietato dalla legge antica, de' essere risguardato, come se non avesse avuto luogo per tutto il tempo in cui la legge antica fu in vigore. La legge nuova che lo permette non può legittimarlo per lo passato; so lo legittimasse, *retroagirebbe*. Or è stato già detto, che le leggi nuove non hanno mai effetto *retroattivo* ». « Nel secondo caso il possesso che ha avuto luogo sotto l'imperio dell'antica legge, perde ancora tutto il suo effetto, a cagione dell'imprescrivibilità stabilita dalla nuova legge. Prendiamo per esempio l'articolo 691 del codice civile. Esso dichiara, siccome l'abbiamo poco fa veduto, che le servitù continue non apparenti, e le servitù discontinue apparenti o non apparenti non possono stabilirsi, se non per titoli, a' quali non può supplire neppure il possesso immemorabile. Ma prima della promulgazione dell'anzidetto articolo, che non va al di là del 20 piovoso dell'anno 12, erano paesi ne quali queste servitù potevano essere prescritte, o in trenta, o in quarant'anni, o per un possesso immemorabile. Dirassi forse che per l'articolo 2281 la prescrizione di tali servitù incominciata sotto le antiche leggi, de' esse-

re al presente continuata colle leggi medesime » ?

« Ma qual è il mezzo di continuare una prescrizione, che l'art. 691 assolutamente vieta? Quale il mezzo d'acquistare col possesso una servitù, che l'art. 691 dichiara non poter essere per tal modo acquistata? Quale il mezzo di seriamente dimostrare, che il compiere una prescrizione incominciata non sia lo stesso che acquistarla col possesso? Sarebbe inutile il dire, che l'articolo 691 non può avere effetto *retroattivo*; ed inutile l'asfermare che si farebbe *retroagire* il citato articolo, quando se gli desse l'effetto di privare colui, che aveva incominciato a prescrivere sotto la legge antica, del diritto di compiere la prescrizione. La legge non *retroagisce* se non quando toglie diritti acquistati già prima della sua promulgazione; e senza retroagire può togliere aspettative e speranze di diritti non ancora formati, nè ancora acquistati ».

« Or che cosa è la prescrizione solamente incominciata? Niente altro che una aspettativa o speranza, che colui stesso, contra al quale è operativa, può distruggere per semplici atti d'interruzione. E bene quello stesso che un privato può fare per atti d'interruzione, sicuramente può anche fare la legge per una disposizione generale ».

« Finalmente la quistione è testualmente decisa dallo stesso articolo 691. Dopo avero dichiarato imprescrittibili le servitù, dello quali tratta, aggiugne: senza potere per altro impugnare al presente le servitù già acquistate col possesso. Cote ste parole *già acquistate* non lasciano, siccome è manifesto, dubbio alcuno. Conservando il legislatore le servitù acquistate, proscribe evidentemente ogni possesso, che al tempo della promulgazione dell'articolo 691 non era giunto al termine della prescrizione (1) ».

Questo lungo discorso di Merlin, che abbiain per intero riportato, onde dimostrare quel che la legge nuova toglie o conserva, può essere ridotto in due brevi proposizioni: il possesso non può essere più un mezzo, onde acquistare le servitù dichiarate imprescrittibili dall'art. 691

del codice civile: le servitù già prescritte non possono essere più impugnate sotto le nuove leggi, come no l' potevano essere sotto le antiche. Ma v' ha una terza quistione di più difficile soluzione, la quale confonde spesso nel fatto le due precedenti proposizioni, per se stesse distinte: Quale sarà il mezzo onde provare, che una delle servitù oggi dichiarata imprescrittibile, era già acquistata al tempo della pubblicazione dell'art. 691. Gioverà esporre tutta la forza della difficoltà, onde cercarne la soluzione, sia ne' principi stessi della legge, sia negli esempi dello cose giudicate.

Un chiaro scrittore della materia delle servitù, il signor Pardessus, l'ha proposta ne' seguenti termini:

« Ciò non pertanto non si dee negare, che messa da banda ogni quistione di diritto, le circostanze e i fatti semplici faranno nascere numerose controversie. Queste nasceranno specialmente dall'incertezza dello stato de' luoghi. Per esempio il diritto di passaggio acquistavasi in alcuni paesi per un possesso di trent'anni. Il codice civile esige oggi un titolo. Come sarà possibile di qua a venti o trent'anni l'ammettere, senza numerosi inconvenienti, la pruova, che trent'anni prima della promulgazione della nuova legge, colui che domanda il passaggio, ne aveva goduto, ed aveva acquistato la prescrizione » ?

« La difficoltà sarà anche maggiore quando i cambiamenti prodotti dalla nuova legge saranno tali, che quel che altra volta sarebbe servito di pruova in favor d'una parte, sarà divenuto una pruova opposta in favor della parte avversa ».

« Molte Corti avevano preveduto queste difficoltà nelle loro osservazioni. Convinse del principio, che la non *retroattività* sia una delle disposizioni cardinali del novello codice, non hanno dubitato, che non sarebbe lo stesso principio consacrato in favor delle servitù acquistate sotto la fede della precedente legislazione; ma conoscendo, che le pruove di quelle servitù, che risultavano dal possesso, potevano perire, hanno additato la necessità di ricorrere ad alcuna cautela, onde verificare

(1) Merlin. *Report. de Jurisprud.* Art. *Prescription*, Sect. I. §. 3. n. 8 e 9.

i diritti acquistati. Noi non possiamo fare altro che unire i nostri voti a quelli dei magistrati delle anzidette Corti, affinché il legislatore riconosca il pericolo d'un silenzio assoluto intorno ad un punto cotanto importante (1) s.

La difficoltà dunque nasce dal silenzio della legge, e da un vacuo, che si scopre nelle sue disposizioni. Vuolsi per altro notare, che le difficoltà non sono tra noi quelle stesse che forse potransi sperimentare in Francia, dappoichè uno ora il diritto nelle provincie tutte del regno nostro, ed ora la prescrizione, cioè quella ammessa dalle leggi romane. Ciò non pertanto se minori saranno tra noi gl'inconvenienti preveduti dagli scrittori Francesi, non però non è grave la difficoltà, che si attribuisce al fatto del legislatore. Ma se questa difficoltà esista in tutto o in parte, potrebbesi forse al vizio della legge riparare col sacrificio de' diritti acquistati? Potrebbe fare retroagire la legge, per impedire che la prova delle servitù da antico tempo costituite; non servisse a fare frode alla legge nuova? Prima di esaminare dove giaccia la difficoltà, e quale sia il mezzo più atto a scioglierla, sarà utile il vedere, come sieno state decise da' tribunali francesi le controversie intorno al possesso delle servitù discontinue, che si dicevano acquistate prima della pubblicazione dell'art. 691.

È stata sovente esaminata ne' tribunali francesi la questione, se la querela del possesso turbato nell'anno, potesse essere ammessa per le servitù continue non apparenti, o per le servitù discontinue, che dicevansi prescritte prima della pubblicazione del codice civile. Ma siccome ciascuna decisione si riferisce ad una specie di fatto diversa dall'altra, così per ricavare da tutte una regola generale è necessario rilevare quali sieno state le differenze che in un caso hanno fatto ammettere quella prova, che in un altro è stata rigettata. I casi che possono differenziare la proposta questione sono tre. 1.° Si è talune volte domandato la manutenzione nel possesso d'una servitù discontinua, turbato nell'anno, senza dimostrare il diritto acquistato prima della publi-

cazione del codice civile. 2.° La stessa azione è stata altre volte accompagnata dalla prova del possesso, e della prescrizione compiuta prima della pubblicazione del codice civile. 3.° Infine la medesima azione è stata anche accompagnata dal titolo, per lo quale erasi la servitù acquistata.

Giudicati nel primo caso.

Delpy esercitava un diritto di passaggio per la corte, e per lo giardino di Tournet. Sul finire dell'anno 1809 Tournet non volle più sopportarlo, e ruppe il passaggio: Delpy citò Tournet a comparire innanzi al giudice di pace, per essere condannato a lasciarlo passare, come per lo innante. Il giudice avendo considerato, che Delpy possedeva quel diritto da un anno prima del turbamento, e che il possesso di un anno era una continuazione di quello goduto già prima della pubblicazione della nuova legge, reintegrò Delpy nel possesso. Tournet appellò di cotesta sentenza al tribunale civile di Brives per motivo d'incompetenza del giudice di pace. Il tribunale civile rigettò il motivo d'incompetenza, e confermò la prima sentenza. Essendo il giudicato divenuto definitivo nell'interesse delle parti, il procuratore generale presso la Corte di cassazione il denunciò nell'interesse della legge, e fece quello cassare pe' medesimi motivi espressi nella sua conclusione.

« Considerando, disse la Corte, che dalla sentenza del giudice di pace, risulta che il sig. Delpy godeva del passaggio da un anno e più innanzi del turbamento, senza determinare non pertanto il tempo in cui nacque un tal diritto; che il tribunale civile il quale ha confermato la sentenza del Giudicato di pace, si limita a mentovare la pretesione di Delpy, che è l'aver esercitato prima della pubblicazione delle nuove leggi il diritto di passaggio per un tempo sufficiente a prescrivere, senza neppur dichiarare che il possesso dell'anno era stato acquistato allorchè fu pubblicato il titolo delle servitù del codice civile ».

« Considerando, che se v'ha qualche

(1) Pardessus *Traité des servitudes* Par. III. Chap. III. Sect. III. n.° 343 e 344.

difficoltà nella questione, cioè: se nel caso d'un semplice possesso d'un anno, anteriore alla promulgazione dell'articolo 691, continuato di poi, possa ammettersi la querela pel turbato possesso, ed accordarsi la manutenzione provvisoria d'una servitù, che non fosse provato, essere stata allora interamente acquistata, non può essere dubbio, che l'azione possessoria non è fondata quando non apparisca chiaro agli occhi del giudice il possesso dell'anno, già acquistato al tempo della pubblicazione d'una legge, che non riconosce come atto ad acquistare le servitù discontinue, neppure il possesso immemorabile; o che per conseguente è nel presente caso manifesto, che la querela del turbato possesso è fondata sopra un possesso dichiarato dall'art. 691 insufficiente, sia per cominciare, sia per compiere la prescrizione; e però avendo il tribunale fatto valere un tal possesso per mantenere il diritto di servitù, ha contravenuto all'articolo 691 del codice civile, ed ha fatto una falsa applicazione dell'eccezione scritta nella disposizione finale del citato articolo. Cassa ed annulla ec. (1) 1.

Da questa prima decisione rilevasi, che se il giudice di pace, ed il tribunale civile di Brives avessero fondato le lor sentenze sulla pruova che il possesso dell'anno era acquistato prima della pubblicazione del codice civile, forse la corte di cassazione avrebbe altrimenti deciso; dico forse perchè tanto ne' motivi della riferita decisione, quanto nelle conclusioni del procuratore generale Merlin, si enunzia e si evita la questione del possesso anteriore alla promulgazione del codice civile. Del rimanente essendo il motivo principale della cassazione ricavato dal difetto della pruova anteriore alla pubblicazione del codice, è manifesto che la difficoltà enunziata deesi riferire alla discettazione, e non alla sentenza dell'animo de' giudici, altrimenti non avrebbero stabilito come principio del ragionamento una massima erronea di diritto.

Ciò tanto è vero, quanto la medesima controversia era stata allo stesso modo

giudicata da' tribunali francesi, rispettivamente alle leggi anteriori al codice civile. Una nuova consuetudine di Parigi aveva già prima del codice introdotto la pruova scritta, o sia il titolo per le servitù non apparenti. Ciò non pertanto sostenne taluno avero acquistato una servitù per destinazione di padre di famiglia prima della nuova consuetudine, ed affermava, essero il suo possesso compiuto prima della legge. Perdettero egli è vero, ma per la ragione che non aveva provato, giusta i termini dell'antica consuetudine, che le due case, sopra le quali la servitù dicevasi costituita, avessero appartenuto al medesimo padrone, circostanza di fatto indispensabile al presupposto della destinazione del padre di famiglia (2). Cotesta decisione è riferita da Pardessus nel *trattato delle servitù*, in sostegno della massima che la legge nuova non può avere alcun effetto retroattivo sopra i diritti già acquistati (3), massima la quale è stata poi offesa da qualche altro posterior giudicato.

Giudicati nel secondo caso.

Velten e Vandhommer esercitavano il diritto di passare per lo fondo di Hùgel. Sul finire dell'anno 1809 Hùgel ne volle più sopportare, e costruì un muro, che chiuse il passaggio. Velten o Vandhommer introdussero un' azione possessoria innanzi al giudice di Strasbourg per essere mantenuti, ed ottennero la manutenzione, atteso il possesso dell'anno dopo la pubblicazione del codice civile, ed il possesso immemorabile antecedente. Di questa sentenza appellò Hùgel al tribunale civile di Strasbourg, il quale annullò la sentenza del giudicio di pace per motivo d' incompetenza. Della sentenza del tribunale civile fu dato ricorso alla Corte di cassazione, che a' 10 di febbraio del 1812, così decise:

« Considerando che gli attori hanno preteso innanzi al giudice di pace il possesso di un diritto di passaggio; che tal diritto è collocato dall'articolo 686 del codice

(1) Decis. de' 13 agosto 1810 in Sirey Tom. 10 P. 1. pag. 333.

(2) Journal du Palais, in folio Tom. I.

pag. 610.

(3) *Traité des servitudes* Part. III. Chap. III. Sect. III. n. 343, in fine.

civile nella classe delle servitù discontinue, che giusta la disposizione dell'art. 691 dello stesso codice le servitù di tal natura non possono stabilirsi, se non per titolo; che però il possesso di queste servitù non può far giammai presumere la proprietà, nè farla nascere, salvo il caso preveduto dallo stesso art. 691; che in tale caso non si tratta più del possesso, ma della proprietà acquistata già per un possesso eli'era sufficiente prima dell'introduzione del codice civile; che da questo caso in fuori il preteso possesso delle servitù discontinue non può giammai essere utile; che per conseguente non è quello un vero possesso agli occhi della legge; e però non può in verun caso servire di fondamento nè all'azione possessoria, nè alla competenza del giudice di pace ».

« Considerando, che avendo il giudice di pace accordato agli attori gli effetti del preteso possesso d'un diritto di servitù discontinua, la sua sentenza poteva essere, ed è stata impugnata per incompetenza; e però giusta l'articolo 434 del codice di procedura civile poteva essere ricevuto l'appello; dal che risulta, che avendo il tribunale di Strasbourg ricevuto l'appello dalla sentenza del giudicato di pace, ed avendola annullata, come incompetentemente pronunziata, ha giustamente interpretato le leggi o gli articoli invocati dagli attori, come non applicabili alla specie; rigetta ep. (1) ».

Con buona pace de' sommi uomini che a questo modo decisero, ci sia permesso fare l'analisi del loro ragionamento. Le servitù discontinue, han detto, non possono stabilirsi, se non per titolo, giusta la disposizione dell'articolo 691, tranne il caso preveduto dal medesimo articolo, che è quello delle servitù acquistate per lo possesso prima della pubblicazione del codice; ma non essendo il possesso del tempo presente un vero possesso, non può far presumere l'antico, e quindi non può far nascere la proprietà. La conseguenza di questo discorso è, che per rendere efficace l'eccezione dell'articolo 691, converrebbe che le servitù per questo modo acquistate avessero in loro favore una sen-

tenza dichiarativa prima della pubblicazione del codice civile. Ma se questa fosse stata la mente della legge, l'eccezione sarebbe stata inutile; dappoichè cotali servitù si troverebbero garantite da un titolo, che è la cosa giudicata, ed avrebbero tutti i requisiti delle nuove.

Han detto in secondo luogo, che non bastando ora il possesso dell'anno, ed essendo il giudice di pace uscito da' cancelli di questa pruova, aveva incompetentemente pronunziato.

Ma le azioni possessorie sono fondate sopra presunzioni, che possono e debbono essere rettifiche nel giudizio petitorio. Il possesso dell'anno è la pruova dello stato ultimo delle cose, che nessuno può per privata autorità distruggere, e contiene in se la presunzione dello stato antecedente. Se la presunzione è legittima, il giudice può e de' accordare la manutenzione; se legittima non fosse è inutile invocarla contro all'espressa disposizione della legge.

Or questa appunto è la differenza che passa tra le antiche e le nuove servitù. Il possesso dell'ultimo anno, o si annoda a quello del tempo antecedente alla pubblicazione del codice, ed in tal caso contiene in se una presunzione legittima della prescrizione, la quale sotto le antiche leggi equivaleva al titolo; ovvero si limita al solo tempo presente, ed in questo secondo caso non è efficace a fare presupporre la prescrizione, perchè le servitù discontinue sono di loro natura imprescrittibili. Tal è lo spirito de' giudicati riferiti nel primo caso. Gli attori nell'azione confessoria della servitù di passaggio dimostrarono il solo possesso dell'anno, e però furono da quella esclusi. Se avessero adempiuto ad una tal pruova, avrebbero ottenuto quel che domandavano. I giudicati dunque del secondo caso sono in aperta contraddizione di principi con quelli del primo.

In conferma di ciò violsi considerare, che se il giudice del turbato possesso non è competente per conoscere di tutt' i requisiti del possesso, non potrebbe esserlo neppure del titolo, giacchè il possesso e la prescrizione compiuta sotto le antiche leggi è un titolo, come la convenzione.

(1) Sirey art. 1813 T. XIII. P. I. pag. 3.

Ora se l'azione del turbato possesso non è di competenza del giudice di pace neppure quando sia accompagnato dal titolo, avremo ragione di dire, che la giurisprudenza de' tribunali francesi è stata rigorosa, ma conseguente a se stessa; ladove se in questo caso solo avesse riconosciuto la competenza del giudice di pace, sarebbe contraddittorio a se stessa, dappoichè avrebbe in un caso negato quello, che per la medesima ragione ha in un altro caso accordato. Cotesto argomento sarà meglio dichiarato per gli esempi delle cose giudicate nel terzo caso.

Giudicati nel terzo caso.

Pelleport era solito passare, e far passare i suoi carrettieri per lo fondo de' coniugi Carteret. Nel mese di luglio del 1807, Carteret turbò il possesso di Pelleport; e fe' scavare un fosso per impedire il passaggio. Introdusse costui una querela di turbato possesso innanzi al giudice di pace. Oppose Carteret non potersi ammettere l'azione, dappoichè trattavasi di *servitù discontinue*, o sia di *materia imprescrittibile*, per la quale non compete querela di turbato possesso. Di fatti soggiungevansi, non altrimenti è data al possessore questa specie d'azione, se non perchè si presume esser egli proprietario. Or questa presunzione non ha luogo dove non può da lei nascere il titolo, o sia la proprietà.

Pelleport per l'opposito presentò il titolo della servitù, che era una convenzione del 1 di luglio 1774, e mentrchè riconobbe le anzidette ragioni, come vere nel caso d'una servitù senza titolo, osservò nondimeno che dove l'esercizio di quella prendesse origine dal titolo, non poteva non aversi il possesso per legittimo, e come la conseguenza d'un diritto non presunto, ma dimostrato. È questo un sofisma, replicava Carteret, dappoichè non trattasi ora del petitorio, ma del possessorio. Il giudice di pace non può estendere la sua vista al titolo, ma deesi limitare al solo possesso dell'anno.

Il tribunale civile di S. Gaudens confermò la sentenza del giudice di pace, e

mantenne Pelleport nel possesso del diritto di passaggio. La Corte di cassazione, cui Carteret produsse ricorso, così decise.

« Attesochè la ragione per la quale il possesso dell'anno non dà nelle servitù discontinue il diritto di formar querela di turbato possesso, è perchè non potendo produrre una ragione di proprietà, è sempre riguardato come precario, e come sornito de' requisiti della legge; che questa ragione non è più la stessa, quando il possesso è accompagnato dal titolo, giacchè in questo caso non può essere l'effetto d'una semplice tolleranza, nè essere riguardato come precario ».

« Attesochè se il giudice incaricato di statuire unicamente intorno al possessorio, non può definitivamente giudicare della validità del titolo, può non pertanto ordinarne la provvisoria esecuzione a rispetto del possesso, e servirsi di quello per giudicare della qualità del possesso medesimo, ed accordare al possessore, che è guarentito dal titolo, il godimento provvisorio, salvi tutt'i diritti delle parti nel petitorio ».

« Attesochè nella specie presente il possesso allegato dal signor Pelleport è accompagnato da un titolo, d'onde segue, che non possa essere riguardato come precario, nè come l'effetto d'una semplice tolleranza, o però v'era luogo all'azione possessoria, e n'era competente il giudice di pace; la Corte rigetta ec. (1) ».

Dov'è la coerenza de' principi tra questa decisione, e quella riferita nel precedente caso? Se il giudice di pace, che statuir dee del possessorio, può aver presente il titolo per guarentirne l'esecuzione, perchè non potrebbe aver presente il possesso acquistato prima dell'anno, o prima della pubblicazione delle nuove leggi, onde impedire un attentato da parte di colui, che vorrebbe giovare delle medesime leggi, per violare un diritto di servitù già da lui riconosciuto? Se in uno de' due casi può il giudice di pace entrare nella cognizione di patti estranei alla turbazione del possesso annuale, onde giudicare della qualità del possesso medesimo, perchè mai questa medesima cognizione

(1) Decis. de' 4 luglio 1810. in Sirey anno 1819. P. I. pag. 337.

gli è in un altro caso negata? E se i giudizi di turbato possesso sono dati per impedire le vie di fatto, facendo salvo a' giudizi petitori il pieno e maturo esame de' diritti delle parti, perchè si vorrebbe invertire la regola in danno degli antichi possessori, ed accordare il braccio della legge a colui, che si vale dell'autorità privata

per mutare lo stato delle cose? La ragione di queste incoerenze, siccome di qui a poco il vedremo, è che i tribunali francesi hanno inteso porre in mezzo la giurisprudenza per supplire ad un vero, o preteso vacuo della legge, nel che hanno oltrepassato il dover di giudice, ed usurpato le facoltà di legislatore.

III.

Come debba essere inteso l'articolo 691.

Se la legge nuova ha serbato intatti i possessi acquistati, e di quelli ha voluto che si giudicasse, come se ancor vivessero le leggi *abrogate*, ha dovuto altresì conservare i rimedi, pe' quali il possesso può essere custodito e difeso. Cotesti rimedi possono avere sofferto cangiamento, quanto alla forma esterna del giudizio, nel che vale la massima che le leggi di procedura sono di loro natura retroattive; ma quanto al loro fine l'effetto de' essere lo stesso, o che si giudichi ora de' fatti antichi, o che giudicato si fosse quando erano vigenti le leggi, col favor delle quali fu acquistato il diritto, del quale oggi si contende. E per verità non è necessario ricavar per argomenti quello che nella lettera stessa delle leggi è espresso; imperciocchè l'art. 691 dopo avere nella prima parte dichiarato imprescrittibili le servitù discontinue, soggiugne nella seconda: *senzachè per altro si possano attualmente impugnare le servitù di tal sorta acquistate già col possesso in que' paesi ove potevano in tal modo acquistarsi.*

Espressa è parimenti la distinzione tra i giudizi *possessori* e i *petitori*, dappoichè nasce dall'essenza de' giudizi stessi, e da-

gl'immutabili principi delle leggi della proprietà.

Gli effetti di tal distinzione sono: *Ilujus interdicti (uti possidetis) proponendi causa haec fuit, quod separata debet esse possessio a proprietate. Fieri etenim potest ut alter possessor sit, dominus non sit; alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri etiam potest, ut et possessor idem et dominus sit* (1).

L'applicazione di questa regola generale alle servitù di passaggio e di strade è scritta in quell'altra legge: *Quo itinere actusque privato quod agitur vel via, hoc anno, nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus. es* (2). Or siccome l'interdetto *uti possidetis* dava l'azione onde conservare il possesso; così l'interdetto *unde vi* era il mezzo come ricuperare il possesso perduto per violenza, o per qualunque fatto di privata autorità: *Illud restituit vi amissam possessionem, hoc tuetur* (3). La legge abborrisce gli atti violenti, ed accorre col suo potere là dove i privati, dimenticando i modi civili, ricorrono alle vie di fatto. La quistione allora non versa più circa il diritto, col quale si possedeva, ma circa il modo per lo quale è stato il possesso interrotto (4).

(1) L. 1. D. *uti possidetis*.

(2) L. 1. D. *De itinere actusque privato*.

(3) L. 1. §. 4. *Uti poss.*

(4) *Fulcinius dicebat: vi possideri, quoticus vel non dominus (quam tamen possideret), vi dejectus est. L. 8. D. de vi. Dejicitur is qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat. Nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. L. 1. §. 9. D. de vi.*

Qui ususfructus nomine qualiter qualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc

interdicto. Sed si quis posteaquam prohibitus est, capite minutus sit, vel mortuus; recte dicitur heredibus et successoribus competere hoc interdictum; non ut in futurum constituatur ususfructus, sed ut praeterita causa, et damnum praeteritum sarciantur. L. 3. §. 17. D. de vi et vi arm.

Qui a me vi possidebat, si ab alio deiciatur, habet interdictum. L. 1. §. 30. D. de vi et vi arm.

Entrambe le azioni nascenti da due motivi *Interdetti*, sono nell'antico e nel nuovo diritto francese comprese nel vocabolo *complainte*, che noi diremmo querela di turbato possesso. Ne' paesi della Francia che vivevano col diritto romano, o con consuetudini da quello derivate, il beneficio di cotesto interdetto competeva a' padroni delle servitù acquistate, sia per titolo, sia per possesso. Dopo la pubblicazione del codice civile, la naturale intelligenza dell'art. 691 dice, che la querela di turbato possesso compete per le nuove servitù acquistate solamente per virtù d'un titolo; e che per quelle già acquistate col possesso, quando il nuovo codice fu promulgato, compete per lo presente, del pari che per lo passato, non potendo nè la legge nuova, nè il tempo diminuire i diritti de' possessori.

Ma quale sarà il mezzo per distinguere le nuove dalle antiche servitù? Questa è l'obbiezione, per evitar la quale vorrebbero le une alle altre sacrificare.

Insino ad ora nessun altro modo legale, fuori del giudizio, è stato trovato per discutere della verità, e per dimostrare i fatti che sono in contestazione tra' litiganti. Per altro parte nè i giudizi, nè qualsivoglia altro mezzo umano possono aspirare ad altro genere di certezza, fuorchè a quella che dicessi *morale*. Or se per lo dubbio, che in alcun caso la certezza morale non si scontrasse col vero, si volesse transigere un tal dubbio col danno de' diritti altrui, si sceglierebbe un male certo per un altro incerto, o sia si conculcherebbe la giustizia per timore che altri non l'offendesse. Tralasciamo l'esaminare, se v'abbia de' casi ne' quali sia necessario ricorrere a siffatto espediente. Se questi casi esistessero, è uizio de' legislatori il prevedergli. A' giudici è dato l'applicare la legge al particolare, senza guardare al generale. Se dall'applicazione della legge può risultare errore che offenda l'interesse generale, è dover della stessa legge l'emendarlo. Ma nella specie presente la legge somministra tutte le cautele ond'evitar l'errore. Non uno, ma due stadi di giudizio, o sia di esperimento legale sono dati a coloro, che affermano o negano un diritto di servitù. Uno è il giudizio possessorio, l'altro il petitorio. Nel possessorio colui che si duole, essere

stato turbato dal possesso d'una servitù discontinua, acquistata sotto le antiche leggi, comincia col presentare al giudice un fatto illecito, il quale stabilisce una presunzione contraria al suo autore, che è la via di fatto usata dal padron del fondo serviente; passa in secondo luogo ad allegare l'antica causa del suo possesso e domanda che il giudice co' mezzi che sono in suo potere sottometta a prova l'antichità del suo diritto. Costui, verificato lo sturbo, ed investigata sommariamente l'antichità del possesso, restituisce le cose nello stato in cui erano. Può stare che in questa sommaria investigazione il giudice s'inganni, e qualifichi come antico un possesso nuovo, che la legge più non riconosce. Se questo caso si desse, nessuna altra conseguenza produrrebbe l'errore, se non il prolungare il possesso insino all'esito del giudizio petitorio, nel quale più ampie istruzioni, e prove ed argomenti d'ogni genere possono essere prodotti, onde dimostrare quella verità, che nel primo esperimento è rimasta nascosta. Che se anche in questo secondo giudizio volessi prevedersi la possibilità dell'errore risponderemmo, che non sappiamo ravvisare nelle cause di servitù una ragione di maggiore sollecitudine che negli altri giudizi. L'errore è inseparabile dagli umani giudizi, nè la legge può altro fare, che adoperare tutte le cautele per evitarlo.

Esaminiamo ora gl'inconvenienti che risulterebbero dall'interpretazione contraria. L'errore sarebbe non solamente certo, ma commesso con deliberato proposito della legge. I possessori tutti delle antiche servitù sarebbero impunemente spogliati de' diritti acquistati, senza poter trovare il giudice, che gli difendesse dalla violenza e dagli attentati. Cacciati dal possesso per via di fatto non potrebbero domandare al giudice la restituzione di quello, perchè la giurisprudenza de' tribunali francesi risponderebbe loro: *la legge non riconosce in voi possesso*. Rimandati ad un giudizio petitorio dovrebbero dimostrare la legittimità di quel possesso che hanno già perduto, e di cui la parte avversa non avrebbe mancato distruggere ogni vestigio. In somma, interpretato a questo modo l'articolo 691, l'eccezione fatta per le antiche servitù sarebbe apparente; in realtà la legge nuova sarebbe stata, dal momen-

to della sua promulgazione, autrice dello spogliamento di tutti i diritti acquistati. Questa conseguenza non sarà forse tanto grave in Francia, quanto sarebbe in Napoli, dove si è vissuto non con particolari consuetudini, ma con un diritto unico ed universale; dove, non il possesso immemorabile, ma la sola prescrizione di lungo tempo bastava per acquistare le servitù di qualunque specie; dove finalmente innumerevoli servitù sono state a questo modo costituite. Una giurisprudenza di questa fatta le distruggerebbe tutte ad un tratto, e cangerebbe la misura e la figura di tutte le rustiche proprietà. Una via di fatto data a' padroni di tutt'i fondi servienti per liberare questi dalle servitù loro imposte, sarebbe la sorgente di violenze e di delitti, siccome il dimostrano mille quotidiani esempi di simiglianti fatti.

Ma che avverrà di qua a cento anni, allorchè la pruova del possesso antecedente alla pubblicazione del codice sarà divenuta impossibile? Questa è la seconda obiezione, dalla quale vorrebbe ricavarne la necessità di fare *retroagire* la legge.

Vi provvederà il legislatore, rispondiamo noi, e se no'l facesse, sarà minor male, che si acquisti una novella servitù contro al voto dello presenti leggi, anzichè si distruggano tutti i diritti già acquistati prima della pubblicazione di queste. E per opporre il caso contrario a quello che si raffigura di qua a cento anni, che deci-

derassi de' turbamenti di possessi, i quali possono essere intervenuti nel primo anno della pubblicazione del codice civile? In questi casi la pruova del possesso dell'anno mette capo immediatamente nel tempo in cui le servitù discontinue erano prescrivibili. Negherassi forse a quei possessori la manutenzione, perchè in cento altri anni la pruova del possesso sarà tanto difficile, quanto ora è facile e spedita? Il decidere a questo modo conterrebbe una transazione del diritto d'una con quello d'un'altra parte. E se una tal decisione sarebbe ingiusta ed assurda nel primo anno della legge, come potrebbe divenire giusta negli anni seguenti? Qual'è quella legge, che ha un senso nel primo anno, ed un altro nel secondo? Fui saggio il pensiero de' tribunali francesi, che proposero un termine per verificare le servitù acquistate nel momento della pubblicazione del nuovo codice. Forse l'esperienza dimostrerà in appresso la necessità di siffatto espediente. Certo è che il legislatore non lo accolse, ed antepose a tutte le altre ragioni il rispetto po' diritti acquistati. Quindi il ragionamento di coloro, i quali ora volessero violar questi medesimi diritti sarebbe più conveniente a legislatori che non a giudici o a giureconsulti; anzi sarebbero costoro più che legislatori, dapoichè si studierebbero di ovviare ad inconvenienti, de' quali la legge stessa non è stata sollecita.

IV.

Risposta ad un'obiezione ricavata dalla competenza de' giudici di Circondario.

La legge de' 29 maggio 1817 dà a' giudici di circondario la cognizione delle *azioni di servitù*, quando non ne sia interrotto il possesso oltre di un anno (1). Questa disposizione è ricavata dall'art. 23 dell'antico codice di procedura, e dalla legge pubblicata in Francia a' 24 di agosto 1790. I limiti che la legge stessa pone alla giurisdizione de' giudici di pace, dimostrano essere stato loro data l'anzidetta cognizione, nel presupposto che la questione sia di mero fatto, e della portata

d'un giudice rusticano. Che tal sia la natura della giurisdizione de' giudici di pace, il dice il discorso col quale il sig. Thouret presentò il progetto di legge intorno a' giudicati di pace. « La competenza di questi giudici, dico l'oratore, è do' essere limitata alle cose di semplicità e sima convenzione, e di picciolissimo valore, e alle cose di fatto, che non possono essere rettamente giudicate, se non dall'uomo de' campi, il quale ve rifica sul luogo stesso il soggetto della

(1) Art. 22 n. 3.

« lite, e trova nella sua propria esperienza regole di decidere più sicure di quelle che potrebbe somministrare la scienza delle forme e delle leggi ».

Ora si domanda: il possessore d'una servitù discontinua acquistata prima della pubblicazione del codice civile, può sperimentare innanzi al giudice di pace la querela del turbato possesso?

Il sig. Henrion de Pensey, autore della competenza de' giudici di pace, risponde negativamente per le seguenti ragioni:

« Il possesso dell'anno è il fondamento della querela del turbato possesso, siccome la manutenzione nel possesso è l'unico soggetto di questa azione. Tutto quel ch'è avvenuto nel tempo antecedente all'anno è straniero casi al giudice, come all'azione, che gli si presenta. Se egli se ne occupa offende la natura dell'azione medesima. Cade egli io una contravvenzione anche più grave, se pronunziando intorno al tempo precedente all'anno della turbazione giudichi che l'attore aveva o non aveva il possesso della cosa litigiosa. In questo caso toccherebbe egli il fondo della controversia, e violerebbe per conseguenza la legge, che vieta il congiungere il petitorio col possessorio ».

« Non finisce quì la cosa. La legge vuole assolutamente, che quando si tratti di pronunziare intorno ad una querela di turbato possesso, la procedura sia sommaria, e spedito il giudizio. E chi potrebbe prevedere il termine dell'affare, se il giudice potesse autorizzare l'attore a provare, essere egli stato nel possesso in un tempo che risalisse a trent'anni, o anche al di là? »

« Ciò non ostante la legge, che negli affari di questa specie esige una istruzione sommaria, non è un semplice regolamento di procedura, ma contiene una disposizione di grande importanza, la quale eminentemente interessa l'ordine pubblico. In prima ogni via di fatto la quale turba un possesso pacifico e legale è un delitto, di cui la pena non è mai abbastanza pronta ed immediata. In secondo luogo la proprietà d'un immobile può senza grave inconveniente rimanere per un tempo più o meno lungo, incerta, e come ondeggiante tra due privati; ma non è la stessa cosa del possesso, specialmente quando trattasi d'un fondo, che produce frutti annuali.

Se al tempo che resta insino alla nuova raccolta una sentenza non indichi colui che ne dea godere, sarà quella immanabilmente l'epoca di rissa, e di vie di fatto, che potrebbero produrre le più funeste conseguenze. A questi motivi fondati sulla lettera e sullo spirito delle leggi nella soggetta materia, si aggiugno un altro il quale nasce dalla natura de' tribunali, ai quali è dato il giudicare delle azioni di turbato possesso ».

« Prima della pubblicazione del codice civile non era caduto nel pensiero di alcuno, che l'istruzione d'un'azione di turbato possesso potesse esigere ricerche di fatti anteriori all'anno, che preceduto avesse il turbamento. Tutti accordavansi nel credere, che bastasse il conoscere colui che aveva posseduto nel corso di quell'anno. Si diceva, nulla è più facile, che il provare i fatti notori e recenti, de' quali si tratta; tutti gli abitanti della contrada possono egualmente deporre; cotesti testimoni sono tutti sotto le mani del giudice, ed egli stesso, di per se solo, e per la semplice ispezione de' luoghi può sovente prendere la conveniente determinazione. Appunto perchè tale era lo stato della nostra giurisprudenza, l'assemblea costituente attribui la querela di turbato possesso a' giudici di pace ».

« Adunque il sistema contrario alla nostra opinione rovescerebbe interamente le fondamenta del nostro ordine giudiziale. Imperciocchè in questo sistema la querela di turbato possesso conterrebbe necessariamente due capi di conclusioni e due articoli di domanda. L'attore allegherebbe in primo luogo aver posseduto per l'intero spazio dell'anno, che ha preceduto il turbamento. Domanderebbe in secondo luogo poter provare, che al tempo della pubblicazione del codice il suo possesso era incominciato da più di trent'anni. Ma quest'epoca si allontana ogni giorno da noi, mentrechè il diritto rimane sempre lo stesso; o di qua a cinquant'anni, del pari che oggi, colui il quale sarà turbato dall'esercizio d'una servitù discontinua potrà invocare il beneficio del suo antico possesso ».

« Quanto difficile non sarà questa prova! I testimoni pochi necessariamente di numero, e molto avanzati di età, faranno ordinariamente deposizioni insufficienti o

equivoco. Per supplire a quelle, o per ispiegarle non si mancherà mai di ricorrere da una parte e dall'altra a prove di scritture, come per esempio sono i contratti di vendita, o gli atti di permuta e di divisione. Inoltre siccome il possesso anteriore al codice non può servire di fondamento alla querela della turbazione, se non quando non sia stato interrotto, così avverrebbe spessissime volte, che il reo convenuto opporrebbe essere stato il possesso interrotto, sia per fatto, sia per diritto. Ed ecco la lite che si vorrebbe presentare a' tribunali di pace, a' tribunali unicamente istituiti per affari sommarî; a' tribunali infine, la competenza de' quali in materia legale è esclusivamente limitata ad azioni di possesso turbato, o sia a domande subordinato a fatti recenti, notori, e circoscritti nella stretta rivoluzione dell'anno, e che il giudice può sovente verificare per la semplice ispezione de' luoghi (1).

Reassumendo questo lungo ragionamento, due sono le ragioni, che a senso dell'autore, tolgono l'azione possessoria a coloro, che hanno acquistato una servitù discontinua prima della pubblicazione del codice civile. La prima, che in questo caso il possessorio trovasi confuso col petitorio. La seconda che uscendo la controversia da' limiti del possessorio sommario, oltrepassa anche quelli della competenza del giudice di pace.

Quanto alla prima, non sappiamo per verità vedere, perchè il possessorio trovisi confuso col petitorio. La querela del turbato possesso costa di due fatti, del turbamento cioè, e del diritto antecedente. Di questi il primo può essere sempre colla stessa facilità dimostrato, o che sia recente, o che sia prossimo, o che sia remoto il principio, dal quale prende origine il possesso. Il fatto del turbamento non può restare impunito, e moltissimo può essere dalla legge stessa autorizzato. Se le vie di fatto potrebbero divenire sorgente di risse e di maggiori delitti in un possesso di recente data, quanto maggiore non sarebbe questo pericolo nel caso del turbamento d'un possesso antichissimo, confermato da un'immemorabile prescrizione? Quanto

gravi non potrebbero essere le conseguenze d'una legge che si rendesse complice delle private violenze? Il secondo dato, che entra nell'esame della querela, è il diritto antecedente dell'anno, in cui il turbamento è avvenuto. Questa disamina dee essere sommaria nel possessorio, matura e piena nel petitorio. Nel primo stadio il giudice ne vede quella parte che può; nel secondo la discute, ponendo in opera tutti i mezzi che la legge ha dato per lo scoprimento della verità, e per la verifica di fatti antichi. Nè dal perchè il giudice del possessorio dee talvolta deliberare il titolo, segue, che si confonda il possessorio col petitorio. Lo stesso interviene nelle servitù discontinue acquistate per titolo. Il titolo è il fondamento dell'azione petitoria, e ciò non pertanto dee essere presentato innanzi al giudice del possessorio. Nè vale il dire che il giudice di pace altro non fa che ordinare l'esecuzione di quello; perciocchè innumerevoli possono essere i casi, ne quali si disceuti della validità o esistenza del titolo medesimo. Può questo essersi smarrito; può dubitarsi se un titolo sia *ricognitivo*, o pure *costitutivo* della servitù; se il titolo ricognitivo abbia i requisiti che esige l'art. 695 del codice civile; può infine opporsi l'interruzione del possesso, sia per fatto, sia per diritto. Se in tutti questi casi la giurisprudenza francese non rifiuta la competenza al giudice di pace (2); perchè la rifiuterebbe ne' casi medesimi ne' quali si allega come titolo il possesso?

Ma l'epoca della pubblicazione del codice civile, si allontana ogni giorno da noi, e la prova del possesso antico giungerà a tal punto, che diverrà non solamente difficile, ma impossibile. Questo tempo non è ancora giunto, replichiamo noi. Lasciamo il pensiero dell'avvenire alla legge. La giurisprudenza spiega, e non emenda le leggi.

E circa la seconda ragione, cioè, che la controversia sia maggiore della capacità, che la legge presuppone ne' giudici di pace; è manifesto, essere questo un argomento desunto, non dal senso dell'art. 691, ma da una legge estranea.

(1) Henrion de Pensey De la compétence des Juges de Paix. Cap. XLIII § VII.

(2) V. sopra a pag. 94.

Di fatti se anche fosse vera l'incompetenza del giudice di pace, non nascerebbe da questo la conseguenza, che debba essere negata l'azione possessoria a colui che legittimamente possedeva, e fu illegalmente turbato dal suo possesso. Diverso è il dire, che il giudice competente nella querela del possesso turbato tra l'anno, non l'sia per le controversie d'un possesso *plenario*; diverso l'affermare, che non rimanga altro scampo al possessore turbato, se non il giudizio petitorio; il che vorrebbe dire, essere stati tutti i possessori spogliati dalle servitù discontinue, acquistate prima della pubblicazione delle nuove leggi. Noi non pensiamo, che i giudici di pace

sieno incompetenti, perchè la quistione del possesso antico esce dal circolo dell'anno, nel quale la legge ha inteso restringere la loro giurisdizione. Cotesta restrizione è relativa all'interruzione del possesso o non a' requisiti del possesso medesimo. Molto meno potrebbesi ammettere come regola della competenza de' giudici un grado di capacità relativa a tale, e non a tal'altra controversia. Ma se questo argomento fosse vero, dovremmo trovare in un altro giudice la competenza del possessorio, piuttosto che supporre cancellato questo rimedio dal catalogo delle azioni legittime; che è quel che esige una particolare dimostrazione.

V.

L'azione possessoria non può essere negata innanzi a' tribunali civili.

Nel nuovo diritto non sono stati ricevuti tutti gl'*interdetti* delle leggi romane, ma ve n'ha sicuramente due, che sono da quelle ricavati, e vanno nelle leggi francesi sotto i nomi di *complainte* e di *réinté-grande*. Esse corrispondono perfettamente a due interdetti *uti possidetis* e *unde vi*. Per lo primo di questi due rimedi si domanda la *manutensione*, per lo secondo la restituzione del possesso (1). Gli effetti di queste azioni non possono essere dimezzati, nè la legge può, senza nota di contraddizione riconoscere il possesso, e negargli nello stesso tempo i mezzi legittimi per conservarlo. Laonde se la querela del turbato possesso d'una servitù discontinua, acquistata prima della pubblicazione del codice civile, non fosse della competenza de' giudici di circondario, ricaderebbe nella giurisdizione de' tribunali civili, i quali dovrebbero giudicare di quella, come d'ogni altra azione possessoria. Questa conclusione è manifesta, e non potrebbe essere rievocata in dubbio, se non quando si dimostrasse, che le nuove leggi non hanno serbata la distinzione tra i giudizi *possessori* e *petitori*, il che non è pe' seguenti argomenti.

1°. Il diritto civile dà al possesso effetti

particolari e determinati, i quali sono indipendenti dalla causa del titolo, o del dominio; sì che il possesso è una proprietà di per se, che si può difendere e dimandare in giudizio. Ora il giudizio che può farsi circa il possesso, sia per dimostrarlo legittimo, sia per farlo valere come presunzione del titolo, sia per raccogliere i frutti della cosa posseduta, è appunto quello che dicesi possessorio, o che non pregiudica all'azione principale, la quale ha per iscopo il difendere, o il rivendicare la cosa istessa. La distinzione dunque tra possessorio e petitorio nasce da' principi cardinali del diritto civile, e della natura stessa della proprietà (2).

2°. La differenza tra giudizio possessorio e petitorio è additata da quella medesima distinzione, che fa la legge tra la presunzione del possesso legittimo, e la prova contraria del fatto, che è data a colui il quale nega o impugna il possesso (3).

3°. La stessa differenza è implicita nella distinzione tra giudizi definitivi e i provvisori. Gli scrittori della Procedura francese noverano l'azione possessoria come uno de' casi ne' quali dee il giudice pronunziare prima del definitivo. Pigeau

(1) V. Merlin Repert. de jurisprudence. Articles *Complainte* et *Réinté-grande*.

(2) Art. 2134 e seg. del Cod. Civ.
(3) Art. 2140 del Cod. Civ.

enumerando questi casi dice: *Il terzo caso è, quando una delle parti è in possesso della cosa dimandata. Questo possesso è, come il titolo, una presunzione in favor di colui che l'ha; e perciò se le lascia il possesso per provizione* (1). La legge ha dichiarato sommariis-fatti giudizi, ed ha stabilito una forma breve e compendiosa, onde durante il giudizio non sia mutato lo stato de' diritti delle parti (2).

In somma la distinzione tra l'possessorio ed il petitorio è necessaria alla conservazione delle proprietà, ed è uno di quei principi comuni ad ogni sistema di leggi, qualisieno i vocaboli co' quali è espressa. Sta dunque oggi, come per l'addietro la massima. *Separata debet esse possessio a proprietate*. Se così è, ogni azione possessoria è della competenza di quel giudice, cui appartiene la cognizione del

petitorio. Ora presupponendo che l'art. 22 della legge de' 29 di maggio 1817, e l'art. 103 del codice di procedura dovessero essere interpretati per modo, che la querela del possesso turbato nell'anno cessasse di essere della competenza de' giudici di circondario, quando il possesso nascesse da prescrizione già compiuta prima della pubblicazione del codice civile, la conseguenza di tale interpretazione sarebbe, che di quest'azione possessoria fossero competenti i tribunali civili, o sieno i giudici stessi del petitorio. Laonde quel tribunale civile il quale dall'anzidetta premessa ricavasse la conseguenza, che al possessore turbato rimane il solo rimedio del petitorio, violerebbe non solamente i due articoli di sopra citati, ma anche le leggi della propria competenza, che sono racchiuse nell'art. 151 dello stesso codice di procedura.

VI.

LA SERVITÙ' DI STRADA È CONTINUA ED APPARENTE.

Differenze tra l'passaggio e la strada.

Sin qua abbiamo esaminato la controversia nella ipotesi d'un semplice diritto di passaggio, ma se sotto tal denominazione volesse intendersi ogni servitù di strada, converrebbe prima d'ogni altro ricorrere alle definizioni e stabilire la giusta differenza che passa tra l'uno e l'altro diritto. Potrebbe dirsi di semplice passaggio quella servitù, che desse il diritto di transire per fondo altrui non solamente a piedi e a cavallo, ma anche con animali da soma e con vetture? Potrebbe aversi come invisibile e facoltativo un diritto di passaggio, che esercitato da tempo immemorabile ha di se impresso tracce indelebili nel suolo stesso nel quale la servitù è costituita? La terra renduta salda e tolta all'aratro per comodo del fondo dominante; i solchi delle ruote divenuti permanenti; un grande edificio fabbricato e destinato pel solo uso

della servitù, non sono forse segni abbastanza sicuri per dimostrare, che il suolo della strada abbia cangiato natura, e sia stato perpetuamente riscato dal fondo, di cui prima faceva parte?

Per diritto antico il passaggio differiva dalla strada per tanti gradi, quanti erano i diritti che il padrone del fondo dominante poteva esercitare sul fondo serviente. Le servitù dette, *itineris, actus, semitae*, *viae* erano tra loro diverse appunto per la differenza del modo, col quale erano esercitate: *Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi*:

Actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum:

Via est, jus eundi, et agendi, et ambulandi. Nam et iter, et actum in se via continet (3).

Via est, sive semita, sive iter (4).

(1) Pigeau Lib. II. Part. III. Tit. III. Cap. I. Tit. III.

(2) Art. 497 del Cod. di Proceed.

(3) L. I D. de servit. praed. rustic.

(4) L. 157 D. de verb. sign.

Ciascuna di queste differenze nasceva dall'uso e dal possesso, per modo che dalla minima servitù potevasi passare alla massima, se ciò non fosse intervenuto per abuso, ma per quella stessa convenzione espressa, o presunta, che formato aveva il titolo costitutivo della prima servitù (1). In somma il lungo uso e la consuetudine de' vicini poteva mutare il suolo coltivato in una via privata, e la via privata in pubblica: *Viac vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non extat publicarum viarum numero sunt* (2).

Ora sarebbe assurdo il credere, che le

leggi nuove avessero inteso distruggere tutte le anzidette differenze, confondendo insieme i diritti maggiori e i minori, e comprendendo tutte le specie in un genere composto di parti dissimili e diverse. Le leggi nuove avrebbero in questo caso non solamente *retroagito*, ma orrato altresì nel senso, e nella definizione dei vocaboli, il che sarebbe ingiurioso alla sapienza de' loro autori, e contrario a' pregi che abbiamo in loro sinora ammirato. Ma è superfluo ricavar per argomenti quello che dalle stesse leggi è stato preveduto ed espresso.

VII.

Le leggi nuove hanno serbato intatte le differenze del diritto antico.

Abbiamo già di sopra dimostrato, che la continuità e l'apparenza sono due caratteri estrinseci, i quali possono trovarsi e non trovarsi nello medesime specie di servitù; per modo che l'esercizio continuo per potenza e non per atto, e le opere esteriori, come la porta, la finestra, e l'aquidotto possono rendere continua ed apparente quella servitù, che senza di loro resterebbe nella classe delle discontinue e non apparenti (3). Ora questa appunto è la differenza tra un diritto di passaggio ed una strada. La facoltà di passare per lo fondo altrui, è un fatto libero e volontario, che non lascia di se alcuna traccia, e però entra nella classe di quelle servitù che esigono il fatto attuale dell'uomo per essere esercitate. Ma se il passaggio è dato non solamente all'uomo a piedi, ma anche agli animali ed alle vetture, e se il transito continuo degli animali e delle vetture abbia mutato la superficie del suolo, o di terra coltivabile l'abbiano cangiato in una strada; se lo tracce delle ruote dimostrino il corso stabile di questa strada dal principio insino al termine suo; se finalmente la servitù è additata da un'opera esteriore, qual è un edificio che non può servire ad altro uso fuorchè a quello degli uomini e degli ani-

mali addetti alla coltura del fondo dominante, tutti questi segni esteriori equivalenti ad un cancello, ad una porta, o ad una finestra, fanno del passaggio una servitù non solo apparente ma continua, dapochè la continuità risulta egualmente dall'atto, e dalla potenza. In conferma di che giova allegare l'opinione degli antichi espositori della materia delle servitù, da' quali è stata ricavata la distinzione fatta dalle leggi francesi. Bartolommeo Cipolla, rinomato autore del trattato delle servitù, aveva già definito allo stesso modo la causa continua delle servitù: *Quasi continuam, seu quasi perpetuam causam dicitur illa servitus habere, quae perpetuo, seu continuo potentialiter, sed non actualiter est in usu, licet non exerceatur semper: tamen est apta semper exerceri sine facto hominis* (4).

Di fatti si presupponga il caso di argini, o di mura, o di ponti fatti nella strada di passaggio, si potrà dire che la servitù non sia continua, se continuo è l'impedimento posto all'uso del fondo serviente?

Una tale quistione non è sfuggita ai chiarissimi autori delle Pandette francesi, i quali dopo avere dimostrato, che la servitù di passaggio è di sua natura di-

(1) L. 20 §. 5 Quemadm. serv. amit.

(2) L. 3 D. de loc. et itin. publ.

(3) V. sopra a pag. 86.

(4) Tract. 1. de servit. cap. 19 n.º 2.

scontinua ed apparente propongono alla regola generale la seguente eccezione:

« Ma se caratteristici indizi dimostrano da un lato il diritto, dall'altro la suggestione; se io ho costruito un sentiere, se lo fo riparare, come potrà arguirsi, che io non potrò prescrivere, o che il mio possesso accompagnato da simili caratteristici segni, non potrà far mai supporre il titolo, che frattanto indica in un modo sì energico, e così poco dubbioso »?

« Pare che il tribunale di appello di Grenoble faccia su quest'oggetto un'osservazione, che somministra il motivo per decidersi ».

Se il proprietario del fondo dominante, dice cotesto tribunale, fa lavori su questo passaggio, se ne fa su d'un cammino per sopprimerne il fungo o altri disagi, se vi fa trasportar sabbia, o vi fa altri lavori decisamente durevoli ed apparenti, questo passaggio, o questo cammino saranno servitù continua o discontinua, apparente o non apparente? E per riguardo all'attignimento dell'acqua, soggiugue il medesimo, se non se ne può far uso, senza un sentiere o cammino che sia battuto o riparato con lavori ben apparenti fatti da mano d'uomo, questo attignimento sarà una servitù continua o discontinua, apparente o non apparente?

« Noi in questo caso siamo di sentimento, che la servitù debba essere riguardata come continua ed apparente; perchè il cammino e le opere sussistenti attestano in ogni istante l'esistenza della servitù ».

« Nondimeno bisogna convenire che il tribunale di Grenoble, dopo aver fatto queste obiezioni e queste quistioni, sembra che le decida contra la nostra opinione ».

« Ma fa d'uopo fare una distinzione fra il passaggio che non lascia alcuna traccia dopo il suo esercizio, e la strada che sempre si fa presente all'occhio umano. Non può negarsi che questa non sia una servitù continua; perchè si trova nella stessa classe d'una porta, e d'una finestra. È vero che io non passo sempre per una porta che ho sul fondo vicino, ma la porta depone continuamente del diritto che ho di farlo. Similmente io non fo uso in ciascun momento del cammino che ho su

questo fondo, ma questo cammino attesta in ciascun istante, che questo uso mi è dovuto (1).

Ancora tra' nostri non è mancato chi abbia confuso i caratteri costitutivi dell'apparenza con quelli della continuità, e dal perchè la servitù di strada contiene do' segni esterni che costituiscono l'apparenza, ne abbia conchiuso che in ciò solo differisce cotesto diritto da quello di passaggio. E qui valga detto ciò che è stato già esposto di sopra, cioè che cotesta opinione sarebbe giusta quando nella servitù in quistione apparisse qualche segno che indicasse la sola facoltà del passaggio, perocchè questo segno esteriore renderebbe apparente quella servitù che talo non è di sua natura; ma è erronea quando concorrono in cotai diritto altri elementi che attestino la continuità del suo esercizio, come è appunto nella servitù di strada il diritto di passaggio mutato in una strada permanente. Questa circostanza rende continua la servitù da discontinua che prima era, nè si potrebbe dirla apparente e non continua senza scambiare i caratteri dell'una proprietà con quelli dell'altra.

Conchiusione.

Dopo tutte le cose dette uopo è convenire che la difficoltà di distinguere le antiche servitù discontinue e non apparente crescerà col progresso stesso del tempo, e che presto giugnerà al punto in cui la prova del possesso potrà divenire fallace ed insidiosa; perchè sotto il pretesto di conservare antiche servitù, acquistate sotto l'impero delle antiche leggi, potrebbero tentare di formarne delle nuove in dispregio della legge vigente. Il rimedio a cotesto pericolo potrà trovarsi o nell'antivedimento del legislatore, o per una legge transitoria fossero obbligati i possessori di questa specie di servitù a pubblicare tra un dato termine i diritti acquistati; ovvero nella diligenza degli stessi proprietari, che voglion garantire l'integrità del dominio, respingendo per mezzo delle azioni possessorie gli attentati dei vicini, che acquistar volessero un diritto che sinora non hanno avuto.

(1) V. le Pandette francesi art. 691.

DISSERTAZIONE IV.

DE' PATTI CONDIZIONALI.

Le quistioni quotidiane del loro soglio-
no, o per le particolari circostanze del-
l'avvenimento che lo ha fatto nascere, o
per la qualità delle persone che contendo-
no, o per la stessa loro importanza, ri-
chiamare l'attenzione del pubblico più di
ogni altra erudita discezzazione; o per
eccitano in molti la curiosità d'indagar-
ne il merito, ed in altri il desiderio d'il-
lustrarle. Così l'immatura morte d'un
giovinetto di cospicua famiglia, a cui le
cure del genitore avevano preparato un
dovizioso retaggio, dopo aver prestato a
tutti l'occasione di compiangere la fragi-
lità degli umani disegni, divenne il sug-
getto dell'universale trattenimento. Cia-
scuno volle ragionare del diritto de' con-
giunti intorno alla divisione di quelle ric-
che spoglie: uno prese le parti dello zio
primogenito, chiamato a succedere per la
volontà del fratello, e fu mosso dal desi-
derio di non vedere distrutto, per ingiu-
ria della fortuna, un edificio, il quale era
surto con tutti i presagi della perpetuità:
un altro, per amor dell'uguaglianza, fa-
voreggiò tutti i congiunti del lato pater-
no: un terzo sposò la causa anche de' con-
giunti materni, per la ragione che un'ere-
dità inaspettata è come un lotto che span-

de i suoi doni sopra chi meno gli attende,
o come una pioggia estiva della quale cia-
scuno dee riportare una qualche stilla. Ad
accrescere la generale aspettazione con-
tribuirono l'autorità ed il nome de' più il-
lustri avvocati del nostro foro, i quali spie-
garono tutti i tesori della scienza legale,
e adoperarono tutta l'arte dell'eloquenza
per illustrare ciascuno il proprio assun-
to, sì che non è stato forse insino a' dì
nostri argomento del quale siasi tanto e
si variamente trattato.

Ora in simiglianti occasioni interviene
che la voglia di scrivere e di parlare si
comunichi, a guisa d'un contagio, anche
agli astanti. Quindi preso anch'io dal desi-
derio di dire la mia opinione, mi venne
in mente esser difensore d'un argomen-
to, che mi sembrò essere stato più degli
altri negletto. E quantunque non professi
la difficile arte del discettare, e non sia
mosso da alcun desiderio di lode, pur tut-
ta volta correndo dietro all'esempio degli
altri, dico di me stesso,

*Ipse ego, qui nullo me adfirmo facere
versus
... . vigil chalamum et chartas et
scrinia posco.*

I.

Tema del discorso.

Il defunto fanciullo era figliuolo d'una
madre che andando a marito nel 1793,
tra gli altri patti nuziali, rinunziò alla le-
gitima successione de' figli, quandochè
morissero in età pupillare, o in qualun-
que tempo senza legittimi discendenti e
ab intestato. Un tal patto, che ora tra
noi conosciuto col nome di Capuana e Ni-
do, fu comune anche a' dotanti, tra' quali
ve n'ha alcuni ancora viventi. Cotesta rin-
nuzia, della quale esporremo di qui a

poco i termini e gli effetti, avrebbe cer-
tamente escluso dalla successione de' be-
ni paterni, i congiunti del lato mater-
no, se la morte del fanciullo fosse av-
venuta sotto l'imperio delle antiche leg-
gi. Verificata la morte nel tempo in cui
le presenti leggi civili vietano ogni specie
di rinunzia alle future eredità, hanno i
congiunti materni acquistato quel diritto
che prima non avevano?

Risguardata la quistione sotto questo

semplice aspetto, la soluzione dipenderebbe dal determinare l'effetto che una nuova legge può avere sopra i diritti già acquistati, e sopra le obbligazioni contratte in un tempo, in cui lungi dall'essere vietate, erano permesso o protette. Ma la dialettica abborrisce le quistioni semplici, perchè poco favoriscono il genio della discezzazione, nella quale si corre dietro più alla lode dell'acume, e ci sia anche permesso dire del sofisma, che al desiderio di trovare il vero. E però si comincia dallo scambiare i vocaboli, ed a quella legge che le parti volontariamente a se stesse davano ne' contratti nuziali, si toglie il nome di patto, o si sostituisce quello di *usanza*, per trasformarlo così in una consuetudine, che ha cessato di regolare le successioni non aperte insino al tempo della pubblicazione delle nuove leggi. Quindi la quistione non si presenta più come l'abbiamo enunciata, e si domanda in primo luogo, se la regola di Capua-

na e Nido sia un patto, ovvero una consuetudine.

Inoltre il patto di Capuana e Nido, suggerito dal lodevole scopo di conservare i beni nelle proprie famiglie, toglieva di mezzola persona per la quale gli stessi beni passar potevano agli estranei; acciocchè il matrimonio che è destinato alla conservazione delle famiglie stesse, non distruggesse quel fine per lo quale si contrae. E qui, violando lo spirito di quello stesso patto, del quale nella precedente quistione vuolsi violare la lettera ed il nome, si domanda se possa la regola di Capuana o Nido ferire i congiunti i quali vengono alla successione per proprio diritto, come se possa chiamarsi proprio quel diritto che dee necessariamente acquistarsi per mezzo di un terzo. Saranno questi gli argomenti del nostro discorso. Ma giova prima d'oggi altra cosa dichiarare quale sia la forza e l'uso delle leggi a rispetto degli antichi contratti.

II.

Effetti delle obbligazioni condizionali.

La prima lode dovuta al nostro nuovo diritto civile è l'esatta e rigorosa coerenza tra le sue particolari disposizioni e i principi da' quali quelle dipendono. Per esse l'arte del ragionare è stata congiunta con la scienza positiva del diritto, e delle due arti del giureconsulto cioè e del retore si è fatta una sola, sì che può dirsi adempiuto quel voto del più grande oratore dell'antichità; *praeclaras duas artes constitueres, atque inter se pares et eiusdem socias dignitatis* (1).

Ora qual'onta non si arrecherebbe alla sapienza di questo nuovo corpo di diritto, se si credesse difettivo nella più importante massima del diritto civile, cioè che la legge *futuris dat formam negotiis et ad praeterita facta non revocatur*? Qual'ingiuria non si farebbe al legislatore, se si ammettesse per vero, che dopo avere scritto questa medesima massima in fronte delle sue leggi, l'avesse egli stesso violata? Adunque acciocchè non si erri intorno al-

l'uso che dee farsi delle nuove leggi a rispetto de' diritti e delle obbligazioni acquistate sotto l'imperio delle antiche ricorriamo alla guida de' principi per distinguere il confine tra le une e le altre.

Il patto di rinunzia del quale trattiamo, fu retto da due condizioni, *si filii decesserint in pupillari aetate: si decesserint quandocumque sine legitimis descendentibus ab intestato*. Entrambe queste condizioni si sono verificate sotto l'imperio delle nuove leggi. Quale delle due leggi prevale, quella del tempo in cui fu scritto il patto, o l'altra del tempo in cui si sono verificate le condizioni? Una tale quistione è univocamente decisa dall'antico e dal nuovo diritto.

E una regola dell'antico che *in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus* (2), il perchè può da questa massima applicata alle obbligazioni condizionali ricavarsi, che l'adempimento della condizione altro non fa, se non torre di mezzo

(1) *Cic. De Orat. lib. 1. n. LV.*

(2) *L. 177 D. de reg. jur.*

l'ostacolo del fatto aggiunto all'obbligazione. Ma le stesse leggi hanno più nettamente spiegato l'effetto della condizione a rispetto del patto. *Cum enim semel conditio existit*, dice il giureconsulto Gaio, *perinde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset* (1), al che corrisponde un'altra sentenza di Ulpiano: *Qui sub conditione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari* (2).

Quindi applicando un tal principio alle diverse quistioni della stessa materia, i giureconsulti hanno sempre distinto il diritto dall'esercizio del diritto stesso. Il primo nasce coll'obbligazione, laddove il secondo non si acquista, se non verificato l'avvenimento al quale le parti contraenti l'hanno subordinato. Così, ne' contratti di compra e vendita il pericolo ed il comodo della cosa venduta è una conseguenza del dominio. Ora se la traslazione del dominio rimanga sospesa da una condizione, la medesima sospensione ha luogo negli effetti di quello. *Quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si exstiterit*, Proculus et Octavianus emptoris esse periculum aiunt (3). La medesima distinzione tra il diritto ed il suo esercizio è scritta pe' erediti, i quali al pari d'ogni altra obbligazione possono essere puri e condizionali. *Conditionales creditores*, dice Ulpiano, *dicuntur et hi quibus non dum competit actio, est autem competitura: vel qui spem habent ut competat* (4). Il vocabolo speranza è proprio a dinotare l'incertezza dell'animo di colui il quale attende l'avvenimento, ed è in questo senso adoperato per distinguere il diritto presente dal futuro contingente. Di-

fatti nelle Istituzioni di Giustiniano non altrimenti è definita la condizione, se non come una speranza: *ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri* (5). Ma comunque chiamisi speranza, la speranza stessa è un diritto, il quale nel momento in cui si verifica prende forza dal patto. Di fatti si trasmette agli eredi, come ogni altro diritto presente, o come ogni altra azione: *eamque ipsam spem*, soggiugne Giustiniano nello stesso luogo delle Istituzioni, *in haeredem transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit* (6), al che corrisponde la sentenza del giureconsulto Giuliano: *Si quis, si Titius consul factus erit decem dari, spoponderit, quamvis pendente conditione promissor moriatur, relinquet haeredem obligatum* (7). Gli espositori del diritto altro non fanno che enunciare in altri termini lo stesso principio; e però nulla aggiungono all'autorità delle leggi. Ciò non pertanto per un debito onore al principe degli interpreti, merita essere mentovato il commento di Cuiacio ad uno de' luoghi del diritto di sopra citati: *Conditio quae existit retrahitur, et perinde habetur, atque si stipulatio, quae interposita est sub conditione, sine conditione facta fuisset*: leg. 11. §. 1. D. qui pot. in pign. *Haec est natura conditionum quae contractibus adjiunguntur, ut retrahantur* (8). Per la qual cosa senza andare più lungi nell'illustrazione d'un principio cardinale delle romane leggi, si può concludere che l'obbligazione condizionale, chiamisi pure diritto o speranza, equivale alla pura, e però è garantita da quella legge che l'avrebbe fatta eseguire sin dal tempo della stipulazione, se la condizione non vi fosse stata aggiunta.

(1) L. 11 §. 1 qui pot. in pig.

(2) L. 9 §. 1 D. de novat.

(3) L. 8 de peric. et comm. rei vend.

(4) L. 10 e L. 34 D. de verb. signif.

(5) Instit. de verb. oblig. §. IV.

(6) Ibid. §. IV.

(7) L. 37 D. de verb. oblig.

(8) Cujac. T. II. col. 88 Edit. Napol. 1758.

Aceran. Interp. lib. III. Cap. 9 §. 7.

Finno ad Instit. lib. III. Tit. 16 §. 4 e 6.

La stessa quistione esaminata colle leggi nuove.

Avrebbero dovuto le nuove leggi commettere tro errori insieme, se avessero inteso annullare i diritti condizionali acquistati già prima della loro pubblicazione: violare cioè un principio di ragione il quale dà al patto la forza d'una legge: distruggere uno de' cardinali principi del diritto romano: contraddire alla massima che nessuna legge debba *retroagire*. Ma il diritto nuovo non ha certamente variato dalle regole dell'antico a rispetto delle obbligazioni condizionali; imperciocchè in un articolo solo sono raccolte tutte le disposizioni delle leggi romane: *la condizione adempita*, dice l'articolo 1132, *ha un effetto retroattivo al giorno in cui fu contratta l'obbligazione. Se il creditore è morto prima che si verifichi la condizione, le sue ragioni passano al suo erede.*

Per meglio dichiarare l'applicazione di questo principio, gioverà vedere la pratica distinzione de' confini che chiudono l'imperio delle antiche leggi, o aprono il regno delle nuove a rispetto de' contratti, ed in generale d'ogni fatto che metta capo in quella prima epoca, comechè l'esecuzione si verifichi nella seconda.

« La legge non dispone che dell'avvenire, essa non può avere effetto retroattivo. In fatti la legge forma l'obbligazione; e sarebbe assurdo, che uno fosse obbligato avanti l'obbligazione. Ma questa regola ha bisogno di qualche sviluppo. Due casi si possono presentare. 1. Un fatto è stato commesso, un atto è stato stipulato, nessuna legge a quel tempo non disponeva della materia; ma in mancanza di legge i tribunali avevano l'uso di giudicare in una data maniera. Una nuova legge regola questo fatto, questo atto di una maniera differente dall'uso di giudicare de' tribunali. 2. Un fatto è stato commesso, un atto è stato stipulato in un tempo, in cui non solamente non vi erano leggi, ma non esisteva ancora alcuna consuetudine di giudicare de' tribunali. Una legge nuova si

promulga. In ambedue i casi questa nuova legge non si applicherà a questo fatto, o a questo atto stipulato innanzi alla sua nascita. Se questi fossero stati portati alla cognizione del tribunale per esser decisi prima della legge, eglino sarebbero stati giudicati per mancanza di legge, secondo il comune uso di giudicare, o secondo i lumi della ragion naturale, e dell'equità. Dunque saranno ancora in tal guisa giudicati dopo la nuova legge, sebbene la contestazione fosse nata dopo della novella legge. La ragione è che non bisogna considerare il tempo, nel quale la controversia è portata in giudizio, ma si bene il tempo, in cui è nato il soggetto della stessa controversia, cioè l'origine, ed il primo principio del contratto, che può precederlo di molto. Infatti al momento che il soggetto è nato, i contraenti hanno inteso sommettersi alla regola che esisteva allora, e non alla regola che sopravverrebbe in seguito. Dunque saranno giudicati secondo la regola che esisteva al tempo in cui è nato il contratto, alla quale hanno inteso sommettersi, e non secondo la regola stabilita colla legge nuova, altrimenti avrebbe la legge un effetto retroattivo (1) ».

Merlin non ha cessato di ripetere in cento luoghi de' suoi libri gli stessi principi, riferendosi anche all'autorità di altri più antichi scrittori. « Acciocchè un atto, e » gli dice, di cui l'effetto dipende da un » avvenimento futuro che si verifica per » un fatto unico, possa essere considerato come un atto passato, e che ci sia » per conseguente vietato applicargli la » legge nuova, è necessario che l'atto » in quistione non sia suscettivo di cambiamento o di modificazione, senza » tentare contro al diritto legittimamente acquistato da un terzo ». Cotesta distinzione è manifesta, ed è specialmente applicabile alla materia del nostro argomento.

(1) Pigeau, *notions élémentaires de nouveau Droit Civil ou exposé methodi-*

que des dispositions des titres du Code.

La condizione casuale, la quale tiene sospesa l'esecuzione d'un patto stipulato sotto l'impero delle antiche leggi, dipende dall'adempimento d'un fatto unico, o sia dalla verificazione di quell'incerto avvenimento, che le parti hanno preveduto. Il diritto che le parti vi hanno acquistato non può essere cangiato nè modificato, senza distruggere o diminuire il diritto stesso. Diverso sarebbe il caso se verificato o non verificato quell'avvenimento, si volessero gli effetti del patto o della condizione applicare a nuovi fatti avvenuti sotto l'impero delle leggi nuove. L'anzidetta limitazione, la quale stabilisce i confini dello uno e delle altro è ricavata dall'autorità di tre rinomati scrittori oltremontani, Reinhardt, Hellfeld, o Glueb. *Quaecumque negotia*, dice Reinhardt, *jam ante legem novam latam, quoad essentiam suam, fuerunt perfecta, licet consummationem suam, suosque effectus ab actu demum post legem novam futuro, eoque non extensivo, adhuc expectent, ea ad praeterita omnino referenda sunt, adeoque ex anterioribus legibus, nequaquam vero ex nova lege lata, dijudicanda, modo non integrum sit negotium juxta novae legis placita emendandi et perficiendi* (1).

Ma per venire più d'appresso alla presente questione odasi quel che lo stesso Merlin dice a rispetto delle istituzioni con-

dizionali non verificate nel tempo delle antiche leggi. « E che! colui il quale è istituito sotto una condizione, non acquista per la morte del testatore il diritto di raccogliere l'eredità, in caso che la condizione venga a mancare, se è negativa, e ad adempirsi se è affermativa? Qual è dunque il codice in cui si è attinto una dottrina così strana? Senza dubbio, il diritto acquistato per la morte del testatore dall'eredità istituito sotto una condizione, può non realizzarsi mai; senza dubbio diverrà illusorio, se l'eredità muore nel tempo in cui la condizione è ancora pendente. Ma non è meno vero che per la morte del testatore, l'eredità condizionale è investito del diritto irrevocabile di succedere, in caso che la condizione negativa della sua istituzione venga a mancare durante la sua vita, ed in caso che durante la sua vita la condizione affermativa della sua istituzione venga ad adempirsi. Non esitiamo neanche noi di accertare, non essere oggi in Europa un solo legislatore il quale abolendo per l'avvenire la facoltà di testare, osasse comprendere in questa abolizione i testamenti, di cui gli autori precedentemente morti hanno fatto dipendere le loro disposizioni, sia dall'adempimento, sia dall'inadempimento delle condizioni che sono ancora in sospeso (2) ».

IV.

Differenze tra i diritti acquistati e le semplici aspettative.

La contrarietà delle opinioni nella soggetta materia, come in molte altre del diritto, dipende dalle definizioni poco esatte de' termini legali, e dalla intrusione de' vocaboli nuovi che i commentisti espositori hanno fatto nel linguaggio proprio del diritto. Così un autore di gran nome, Bentham, ha detto che le leggi nuove sono retroattive semprechè distruggano o falliscano una speranza legittima. Altri scrittori distinguono i diritti acquistati dalle semplici speranze e dall'aspettative, ed ammettono che le leg-

gi dette *innovative* debbano rispettare i primi, e possano distruggere le seconde.

Frattanto il senso indeterminato di queste voci, ora esteso, ora ristretto dall'interesse della causa, presta ordinariamente l'occasione di disaccettare, se quello di cui si contende sia un diritto acquistato, o una speranza o un'aspettativa. Per evitare l'ambiguità di questa *neologia*, cerchiamo di definire ciascuno degli anzidetti vocaboli. Così facendo sarà facile il fissare i giusti limiti della dottrina della retroattività.

(1) Merlin art. loi §. IX n. 4.

(2) Merlin art. Choix §. 1 n. 10.

Lo scopo del diritto civile è il conservare a ciascuno la proprietà: proprietà è tutto quello che uno ha, o ha diritto di avere per un'azione che nasce dalla legge: però il patrimonio di ciascuno si compone de' beni materiali, de' beni incorporali, e delle azioni tendenti a ricuperarlo o ad acquistare (1). Applicando questi principi a' diritti sospesi da una condizione, è manifesto che l'obbligazione di chi promette, o la volontà di chi dispone costituisce un'obbligazione perfetta dal momento in cui la promessa è stata fatta, o la volontà è stata legalmente manifestata. Da quel momento stesso nasce in favor dell'altra parte l'azione a dimandare l'adempimento sia della promessa, sia della volontà. Quindi questo diritto comunque sospeso da un avvenimento futuro, è nei beni di colui che l'ha acquistato, e forma parte della sua proprietà. La legge dunque dee conservarlo, o non distruggerlo.

Per l'opposto che è una speranza, o un' aspettativa? Dimentichiamo in questo luogo le definizioni esatte e precise del diritto romano. Giustiniano, e i giuriconsulti a lui anteriori chiamarono *spes* quell'aspettamento d'un fatto futuro che è indipendente dalla volontà delle parti contraenti, e qualificarono con questo nome il diritto nascente dalle obbligazioni condizionali (2). I moderni giuriconsulti francesi hanno adoperato un tal vocabolo in un significato affatto diverso. I primi parlarono della speranza legale, laddove i secondi hanno inteso per esso esprimere quel voto naturale dell'animo col quale si desidera una cosa utile o gradevole.

Secondo l'ordine naturale degli avvenimenti, spera taluno di succedere nella eredità del suo congiunto; o spera talun altro che la liberalità d'un suo rimoto ascendente gli possa pervenire alla morte di colui che presentemente ne gode. Questo bene lontano ed incerto non è una proprietà, nè un diritto ad avere, ma una probabilità d'un beneficio futuro. Possono le leggi distruggere questo incerto be-

ne? La risposta affermativa è una conseguenza degli stessi principi di sopra esposti.

Gli antichi ordini di sostituzioni, i patto, le ultime volontà per le quali erasi provveduto alla sorte delle future generazioni costituivano altrettante speranze, lo quali non erano certamente una proprietà de' futuri chiamati. Costoro avrebbero acquistato un diritto se la successione si fosse aperta nel tempo in cui la legge riguardava come legittimo siffatte disposizioni. Verificate in un tempo in cui la legge le proscrive non perdono già un diritto che avevano, ma trovansi incapaci di acquistarlo. Se dunque la legge non toglie nulla a' presenti, molto meno può dirsi che offenda la volontà de' defunti. La facoltà di disporre de' propri beni per lo tempo in cui più non esisteremo è un beneficio delle leggi civili. La forma, gli effetti, le limitazioni colle quali dobbiamo servire di tale facoltà sono di pubblico diritto. Ora nè i legislatori che l'hanno concesso si sono spogliati della facoltà di revocarla; nè i privati possono dare alla loro volontà una forza superiore alla legge. *Nemo potest in testamento suo cavere ne leges in suo testamento locum habeant* (3). Quindi il nostro legislatore ha saggiamente ordinato che dalla pubblicazione in poi del codice civile le successioni non si aprano se non per la morte naturale o civile dell'uomo, e i diritti de' successori si regolino per le leggi nuove e non per le antiche (4). Si sono in somma distinti i diritti presenti da' futuri. I primi si sono chiamati diritti acquistati, i secondi sono stati confusi nella classe e nella denominazione generale di *speranze*. Questo vocabolo dunque del pari che l'altro, *aspettativa*, non hanno alcun significato legale, nè possono entrare nella classe de' diritti.

In quale delle due classi trovasi il diritto in questione? Il patto di rinuncia circa il quale versiamo non potrà essere distrutto nè modificato dalla legge nuova, ma dovrà sortire quel medesimo effetto,

(1) Vedi il nitido elenco delle nozioni preliminari esposte da Sirey nell'articolo *Effet Rétroactif* art. 2 del Codice Civile.

(2) V. sopra a pag. 106.

(3) L. 35 D. de leg. 1.

(4) F. Grénier *Traité des donat., des testam. T. II. P. IV Cap. 1 Sez. 2 n. 533.*

ehe avrebbe avuto se l'adempimento della condizione si fosse verificato nel tempo di quelle stesse leggi sotto il regno delle quali fu stipulato. Io non intendo estenderlo ad altre persone, se non a quelle ehe erano allora legate per la forza del patto; nè ad altro avvenimento, fuorchè a quello preveduto nella lettera della condizione, siccome non intendo farlo va-

lore se non per le persone stesse in favor delle quali fu stipulato. Siamo per conseguente ne' pretti termini d'un diritto acquistato, e non d'una incerta speranza. E però la disettazione da questo punto in poi dee unicamente versare circa la legittimità e gli effetti del patto medesimo.

V.

Teorica de' patti successori giusta le leggi romane.

Chi volesse seguire le scolastiche categorie de' patti successori, si avvilupperebbe in una moltitudine di vocaboli e di distinzioni, atte a confondere, piùchè a dichiarare i loro caratteri. E però le diverse specie di tali patti saranno meglio derivate da' principi del diritto, da' quali nascono i diversi motivi delle loro differenze.

Patti di certa o d'incerta eredità.

La prima e principale distinzione è ricavata da due luoghi del diritto, de' quali uno presuppone la validità, l'altro la nullità de' patti intorno alla divisione dell'eredità de' viventi. La legge 30 C. de pactionibus dichiara quelli nulli, odiosi e di pericolose conseguenze. *Nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae videntur et plenae tristissimae et periculosae eventus. Quare enim, quodam vivente et ignorante de rebus eius quidam paciscentes conveniunt? Secundum veteres itaque regulas sancimus, omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt repellere, et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accomodaverit, et in ea usque ad extremum vitae spatium perseveraverit.* Cotesta legge dimostra per se stessa la ragione per la quale i romani giudicarono iniquo e pericoloso il patto della divisione dell'eredità del vivente. Se costui vi avesse assentito sarebbe stata ogni nota di disapprovazione; sì che la ragione della legge è quella stessa

che Livio mette in bocca a Filippo di Macedonia ne' rimproveri che fa a' suoi figli Perseo e Demetrio: *Viro et spirante me, haereditatem meam ambo et spe et cupiditate improba crevistis* (1).

Per l'opposito la legge 3 D. pro socio presuppone legittima la convenzione intorno alla successione d'un uomo inerte, riguardata l'eredità come ogni altro beneficio della fortuna: *De illo quaeritur, si ita societas, ut si qua justa haereditas alterutri obvenierit, communis sit: quae justa haereditas, verum quae iure legitimo obvenit, an etiam quae testamento? Et probabilius est ad legitimam haereditatem hoc tantum pertinere.*

Dionigi Gotofredo nella ehiosa a questa legge stabilisce come regola generale: *pacisci de haereditate viventis generaliter licet, at non specialiter.* Cuiacio nel commento alla stessa legge nota parimenti: *si quae hereditas ad nos pervenerit communis esto. Hoc pactum turpe non est, quoniam est de incerta haereditate.* Ed ampliando nelle recitazioni solenni del Digesto la medesima dottrina l'arriechisee d'un altro esempio ricavato dalla legge 23 D. de action. empt., nella quale si propone il caso d'un padrone che dopo avere venduto un servo insieme col peculio aveva quello manomesso. Ivi la legge dichiara essere il padrone non solamente tenuto di restituire quel che il servo possedeva di peculio nel tempo della manomissione, ma di prestare altresì mallevagia per ciò che *ex haereditate liberti ad eum pervenerit.* Quindi Cuiacio

(1) Tit. Liv. lib. 40 cap. 8.

ne ricava: *At si convenerit ex justa causa ut in specie hujus legis, ut successionem quae tibi obveniret, ut bona quae tibi obvenirent a liberto jure patronatus mihi restitueres, haec conventio valet. . . quia non est haec conventio de successione hominis certi, sed incerti, si qua forte obveniret unde vel ex testamento, vel ab intestato* (1). E finalmente Voet dopo aver parlato del fatto vietato, soggiunge: *Sed dicta hactenus non impediunt, quominus de haereditate tertii incerti, ut viventis, ineatur conventio; societatem enim universorum bonorum contrahere concessum est, in quam tamen futuras haereditates, quomodocumque sociorum uni obvenientes, contineri constat* (2).

Da queste concordi opinioni de' giureconsulti, ricavate da espressa disposizione del diritto, è nata la prima generica distinzione de' patti di certa, o d' incerta eredità.

Patti affermativi e negativi.

La legge 30 C. de pactis vietava la divisione dell'eredità del vivente, per una ragione la quale non comprende il patto negativo, o sia la rinunzia all'eredità del vivente. Ma due altri luoghi del diritto sembra che abbiano esteso lo stesso divieto anche a' patti di rinunzia. La legge 3 C. de Collationibus stabilisce: *Pactum instrumento dotali comprehensum, ut contenta dote quae in matrimonium collocabatur nullum adversus bona paterna regressum haberet juris auctoritate improbat, nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur*. La legge 35 §. 1. C. de infossio testamento dichiara: *Ut si quis a patre certas res vel pecunias accepisset et pactus fuisset quatenus de infossio quarela adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur; et post obitum patris filius cognito paterno testamento non agnoverit ejus judicium, sed oppugnandum putare-*

rit; vetere jurgio exploso, hujusmodi pacto filium minime praegravari, secundum Papinianum responsum in quo definitur, meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos: sed hoc ita admittimus, nisi transactiones ad heredes paternos filius celebraverit, in quibus apertissime judicium patris agnoverit.

La ragione delle due riferite leggi è, siccome dice Perezio, ricavata non dalla turpitudine del patto, ma da due motivi affatto differenti: uno è il fine di conservare tra 'l padre e i figli i vincoli dell'affezione: l'altro è tratto dalla presunzione della violenza morale, colla quale somiglianti consensi si presumono strappati a' figli: *Ratio non est in turpitudine pacti, quia nihil male videtur pacto subesse, quo quis se successionem privat, sed in eo quod retrahat liberos ab obsequio paterno, ad quod meritis potius provocandi sunt, quam pactionibus adstringendi. Quin etiam videtur hoc pactum non tam spontaneum quam reverentia paterna extortum* (3).

Certamente nulla di comune ha la legge ultima de pactis co' patti negativi, siccome l'osserva il celebre giureconsulto Piemontese Tesauo. Questi parlando dell'opinione di Antonio di Gama dice: *bene intelligit l. ultimam C. de pactis in alio casu, qui longe differt ab aliis duobus superscriptis, ut non habeat scilicet locum in pacto de non succedendo, quia hoc in casu loquitur textus in cap. 2. de pactis in l. 1.º, sed dicta lex ultima loquitur in casu quando convenitur de certo modo successionis in haereditate viventis* (4).

Parimenti certa cosa è che gli anzidetti divieti riguardavano unicamente le rinunzie de' figli alla successione de' genitori, ma non quelle fatte all'eredità de' più remoti congiunti, e molto meno d'incerte persone. Cotesta seconda limitazione è illustrata da Dumoulin, grande uomo e

(1) *Cuiac. in Tit. 1 de action. empt. lib. XIX Dig. Tomo 7, col. 790, edizione di Nap.*

(2) *Ad Pandect. lib. II Tit. 13 n. 17. V. anche Schneid. sopra Haufeld Jurisprud. Forens. §. 796.*

Hofacher Princip. jur. civ. §. 1400. Strykii de Pactis. Sec. III Cap. VI de cautelis contract. necess.

(3) *Ad lib. II Cod. Tit. 3 n. 10.*

(4) *Decis. 225 n. 10.*

giureconsulto francese del XVI secolo: *Leosthenes*, dic'egli, *coenubinam nomine Reginam uxorem duxit sub pacto ne succederet liberis, et aliis pactis brevitatis causa omisiss. Decem inde resultant quaestiones: prima, an pactum illud uagiticum de futura successione jure communi valeat? Ad primam, prima facie videtur renunciationem nullam esse... quibus non obstantibus contrarium censeo, hujusmodi conventionem, et renunciationem legitimam et validam fuisse, et esse servandam, quia nullo jure prohibitum invenitur, seu absoluta renunctio successionei futurae, nisi in filia legitima, et in filio legitimo, et consequenter in omnibus legitimis descendantibus, quibus haereditas non solum a lege deferitur sed etiam debetur, L. ult. §. 1. Cod. de Curat. furios. In caeteris autem eum non si eadem, saltem non tanta ratio, standum est regulae juris communis, pactis standum praesertim nuptialibus, quae majori solemnitate, magisque serio fiunt et speciali favore pollent (1).*

Patti acquisitivi universali.

Le autorità di tutte le enunciate leggi ci conducono necessariamente alla conseguenza, che le convenzioni per le quali o si disponesse anticipatamente dell'eredità d'un terzo, o si patteggiasse della intera eredità, erano ugualmente riprovati. Ora alle ragioni esposte di sopra dello leggi conviene aggiungere un'altra che risulta dalla *l. 15 C. de pactis*, e dalla *l. 5 de pactis contentis*.

Il diritto di testare fu riguardato dai romani giureconsulti come una facoltà naturale della quale non dovesse l'uomo spogliarsi senza attentare contro alla libertà della vita; il perchè somiglianti patti furono riguardati come contrari a' buoni costumi (2). Quindi entrambe le suddette leggi riguardarono come altrettante preoccupazioni della facoltà di testare i patti aggiunti agli strumenti dotali, co' quali si fosse convenuto, che i beni non dotali

della moglie rimanessero al marito, o ancora che si fosse stabilito, che i figli succederebbono ugualmente al padre.

Ma le anzidette disposizioni del diritto romano furono condannate dall'uso perchè contrarie alla forza de' patti ed al favore de' matrimoni, siccome l'attesta la Novella decimanona dell'Imperator Leone, detto il filosofo. Questi per verità con molta pompa di filosofia, dopo aver detto che le leggi sono gli occhi del governo (3), disse essersi abbattuto in una legge del codice giustiniano (4) (che è la decima quinta de' pactis), la quale *propter evidentem absurditatem in hominum animis nequitiam locum invenit, ut susciperetur: ne dum vim aliquam et efficaciam habet*. Laonde avendo considerato che il patto dell'uguale successione doveva essere rispettato, e perchè conforme al voto della natura, e perchè utile a prevenire le ingiustizie degli uomini, e perchè favorevole alla causa del matrimonio, ordinò che si eseguisse, tolto a' genitori il pentimento e la facoltà di rivotarlo.

La novella dell'Imperator Leone fu generalmente ricevuta in Europa. Della Francia lo attesta Giacomo Cuiacio, il quale dopo avere osservato che per essa fu derogato all'antica dottrina delle leggi romane, soggiunge: *moribus tamen nostris recepta est et probata novella Leonis XIX* (5). Del resto dell'Europa, lo dicono la dottrina ricevuta intorno alle rinunzie, e la storia delle nuove leggi dei popoli settentrionali, alle quali tutte le nazioni europee si sottomisero dopo la caduta dell'Impero Romano. E però degli antichi principi intorno all'efficacia dei patti successori, altro non ne rimase in vigore se non il divieto di patteggiare della divisione dell'eredità d'un terzo. E siccome la stessa legge ultima de' pactis richiedeva due condizioni per la validità di tali patti, cioè il consenso dello stesso uomo vivente e la perseveranza della sua volontà insino alla morte, così i moderni espositori del diritto per assicurarsi della costanza della volontà, proposero che il

(1) *Dumoulin Consil. 15 n. 5.*

(2) *L. 4 C. de inutil. stipul.*

L. 34 C. de transact.

(3) *ὁπτασθαι τοὺς νόμους ὡς ὀφθαλμοὺς.*

(4) *ἐν τῇ τοῦ κωδικοῦ ἐκλογῇ.*

(5) *Cuiac. alla l. 26 de verb. oblig., e nel lib. 16 observat. cap. 39.*

consenso si desse in un contratto tra vivi i cui effetti sarebbero stati immutabili e perpetui (1).

Patti acquisitivi particolari, o semplici.

A differenza de' patti acquisitivi universali, le stesse leggi romane fecero un'eccezione in favor de' particolari o sieno di quelli che riguardavano *certas res vel certa bona*. Imperciocchè la legge 12 D. de pactis dotatibus dichiarò valido il patto col quale si convenisse che morte nel matrimonio la figliuola dovesse la dote rimanere al marito. Cotesta eccezione è una conseguenza della ragione stessa, dalla quale nacque il divieto pe' patti universali; imperciocchè la convenzione fatta intorno

a certi e determinati beni non toglieva al donante o al rinunziante la facoltà di testare. Per la qual cosa i patti successori parziali divennero di frequente uso nelle tavole nuziali, e furono designati col nome di *patti semplici* per distinguerli dagli universali relativi alla successione o d'un terzo, o degli stessi contraenti, detti *misti* (2).

Ma tutte le proposte distinzioni rimasero confuse per la sopravvenienza di nuovi principi, di nuove leggi, e di nuovi costumi, da quali nacque una nuova dottrina de' patti successori.

I principi di sopra esposti leggonsi nella dotta ed elegante dissertazione di Sirey, il quale ne fa l'applicazione alle successioni aperte sotto l'impero del codice civile, (3).

VI.

Teoria de' patti successori giusta le leggi de' popoli nuovi.

I popoli settentrionali portarono tra noi il genio e l'uso de' patti successori, mercè de' quali disponevasi liberamente in vita de' beni che ciascuno avrebbe lasciato dopo la sua morte. Chi volesse penetrare addentro nell'origine di tali usanze, ne troverà la ragione nella semplicità di quei popoli, che non conobbero da prima testamenti, e che di poi tenacemente conservarono tutte le antiche loro pratiche e consuetudini. In conferma di ciò basta leggere alcune delle antiche formole di Marculfo, dalle quali si rileva che anche per semplici lettere solevasi ordinare per la vita e per la morte la distribuzione de' propri beni (4). Chi volesse un esempio illustre d'un patto di divisione dell'eredità del vivente, lo troverà nel trattato fatto tra Childerico e Gunteranno intorno all'eredità ed al regno della Regina Brunilda (5). In tutte le collezioni di leggi

barbariche trovansi prescritte le solennità de' patti, in forza de' quali trasferivasi in vita il dominio dell'eredità (6). Quel che si dice in generale de' popoli germanici decisi in particolare intendere de' Longobardi, e delle leggi de' quali rimasero tra noi vestigia quasi perpetue. Non è del nostro intento il percorrere l'ingrata storia delle loro leggi, ma si bene rilevarò due qualità caratteristiche de' loro patti successori, le quali per la forza dell'esempio e dell'abito passarono di poi nelle leggi o nelle consuetudini dell'età seguente. Una di questo è la poca considerazione in che erano tenuti i diritti delle donne nelle proprie famiglie; l'altra è il desiderio della conservazione de' beni tra gli agnati e tra le linee di coloro da quali i beni provenivano. Conseguenza di quel primo principio furono i patti di rinunzia che stipulavansi allorchè le donne anda-

(1) *Strykio pandect. lib. 2 tit. XIV de pactis §. 18. Idem supplem. dissert. sect. 3 cap. VI de pactis §. 6. Idem de success. ab intest. disput. 8 cap. III §. 25. Cristiano Thomas. disputatio inauguralis de pactis dotatibus.*

(2) *Strykio luog. cit.*

(3) *Sirey T. XIII. P. II. pag. 126.*

(4) *Marculfi formular. lib. 2. n. 12, 13 e 14.*

(5) *Gregor. di Tur. Histor. lib. 9. cap. 20.*

(6) *V. Heinneccio elementa juris germanici lib. 2 tit. VI de jure heredit. et speciatim de pactis succes.*

vano a marito; siccome compensi di queste rinunzie erano i donativi che le donne stesse ricevevano da mariti. La *meta* o il *meffio* era il prezzo della compera che il marito faceva della moglie, siccome il dono mattutino era la liberalità estorta dalla prima benevolenza. La certezza di tali compensi rendeva più sicuri i genitori e i fratelli delle spose nell'esigere le rinunzie all'eredità della propria famiglia. Quindi coteste rinunzie divennero d'un uso generale in tutta Europa e tornarono a vincere l'autorità delle leggi romane, allorché queste rivissero nelle provincie occidentali (1). E fu sì graude la forza delle nuove abitudini, che si trassero dietro anche l'approvazione del diritto pontificio: *Quamvis pactum*, disse Bonifacio VIII, *patri factum a filia dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regres um haberet, improbet lex civilis; si tamen iuramentum non vi nec dolo praestito firmatum fuerit ab eadem, omnino servari debet* (2).

Ammesso l'uso delle rinunzie ne' contratti matrimoniali, dovevasi necessariamente indirizzarle al fine di conservare i beni nelle famiglie, prevedendo gli eventi ne' quali il diritto delle femmine avrebbe potuto turbare la successione tra gli agnati. Ora giusta il diritto de' Longobardi le donne erano escluse dall'eredità paterna e materna, quandochè esistessero fratelli, i quali erano obbligati non di dare loro parte legittima o dote, ma solamente un conveniente corredo (3); sì che la rinunzia delle donne aveva scampo per iscopo la preferenza che la legge dava loro sopra i collaterali agnati. Ed è notabile un luogo del più antico espositore delle leggi longobardiche, di cui non è altro più proprio a spiegare l'origine della successio-

ne tra noi stabilita per virtù delle consuetudini napoletane: *De jure longobardo*, dice Andrea di Barletta, *nullus cognatus ad successionem admittitur (quod intellige in linea collateralis et adscendenti)*. *Unde mater proxima cognata non succedit filio, quia cognata est, non agnata, sed in linea descendenti secus est; nam filius matri succedit, comechè di poi soggiunga, sed ex naturali aequitate non scripta illud jus potest dici, quod admittatur mater ad luctuosam filii haereditatem* (4). Questi principi delle leggi longobardiche le quali hanno tra noi vivuto iosino al XVI secolo sono la vera origine della regola *paterna paternis et materna maternis*, che da una parte le consuetudini, e dall' altra i patti dotali hanno cooperato a stabilire nelle successioni. Se volessi correr dietro alle remote origini delle cose, o discendere all'analisi di tutte le cause secondarie, sarebbe forse facile il dimostrare che una tale regola non fu straniera allo stesso diritto romano, nel quale fu opera di Giustiniano che non allignasse; ma lo scopo di questo discorso non è l'erudizione (5). Certamente le leggi barbariche, e tra queste i nuovi ordini di successione stabiliti in grazia de' benefizi militari e de' feudi introdussero tra noi questo nuovo principio. Certamente ancora lo stesso principio fu tra noi raffermao e perpetuato dalla lunga durata delle leggi longobardiche, nel che giova rimuovere un errore se non comune, almeno frequente tra gli espositori del nostro diritto consuetudinario.

Il significato del vocabolo *comune* aggiunto alla parola *diritto* dee intendersi nel codice delle costituzioni del Regno nel senso di diritto patrio o consuetudinario, applicabile così a coloro che vivevano col-

(1) *Heinrec. tit. 6 lib. 2 elem. jur. German. §. 167 et 171.*

Zypaeus instit. in jur. Belgic. pag. 171.

Vanloewen cens. for. lib. 1 Cap. 12 n. 11.

Chassaneus ad Cons. Burgund rub. 4 §. 7.

Faber Cod lib. V tit. 9 def. 6.

Gothofred. ad L. 5 C. de pactis conventis.

Covarruvias relect. in Cap. quamvis pactum.

(2) *In VI Decret. De pactis Cap. II.*

(3) *Mundo, e Falderfo V. lib. 2 leg. Long. Tit. 14 §. 15 e 25.*

(4) *Andr. de Barulo in comment. ad L. Long. Tit. XII.*

(5) *V. la legge 4 del Codice Teodosiano do materius bouis et materni generis.*

le leggi romane, come agli altri che ritenevano il diritto longobardico. Cotesta interpretazione risulta non meno da molte costituzioni dell'Imperator Federigo II (1), ma anche da due bolle di Papa Innocenzo III e di Gregorio IX, i quali nel XIII secolo approvarono i primi statuti della città di Benevento. Nell'una e nell'altra si ordinò: *ut secundum consuetudines approbatas et legem longobardorum, et eis deficientibus secundum legem romanam judicetur*. La promiscuità di questi due diritti diede occasione a' dotti giureconsulti di quel tempo di compararne le differenze e di esporre i principi dell'uno e dell'altro (2). In tutto il secolo XIV si continuò da' nostri tribunali, e specialmente dalla G. C. a giudicare colle leggi longobardiche nelle cause di tutti coloro che con tal diritto vivevano, siccome lo attesta il nostro Allitto ne' commenti alle costituzioni del Regno (3).

Egli è vero, che rinato nell'Occidente il diritto romano si destò ne' giureconsulti il desiderio di abbattere tutte le vestigie delle leggi barbariche, e s'incominciò a decidere le controversie che da quelle nascevano co' principi del diritto romano. Antesignano di tal sistema fu il nostro celebre Luca di Penna, il quale non potè contenere la sua rabbia nel giudizio che di quelle diede (4). Ma quanto fosse lodevole la cagione che lo muoveva, altrettanto ingiusto ed assurdo era l'innesto che volle farsi tra' principi e le conseguenze di due diverse legislazioni. Non andò esente dallo stesso rimprovero il nostro egregio Napodano Sebastiano, il quale derivò tutto il suo commento alle nostre consuetudini Napolitane dal diritto Giustiniano. Ciò non ostante tutti gli sforzi de' nostri giureconsulti non riuscirono a svellere le inveterate orme delle leggi longobardiche, siccome spesso in-

terviene che le leggi scritte cedano alla forza delle pratiche e delle consuetudini de' popoli. Un fatto tra noi memorabile, trainandoci da un insigne magistrato del XVI secolo, dimostra che insino a quel tempo furono tra noi moltissime città e provincie, le quali continuarono a vivere col diritto longobardico. Giulio Ferretti di Ravenna, giudice e preside provinciale de' tempi dell'Imperator Carlo V e del Vicerè di Toledo, attesta che essendo egli uditore nell'udienza di Lucera fu dall'avvocato di una delle parti discettata egregiamente una causa giusta i principi delle leggi romane; ma che levatosi il contraddittore esclamò: *Domine, secundum jus longobardum hic vivimus, et secundum id judicatur, juxta consuetudines hujus Regni, quae est optima legum interpretes*. Aggiunge il narratore, che il primo avvocato *tacuit et voluntariam cum rubore sententiam contra se sensit*. Dal che avvertito il giudice della necessità di conoscere una legge alla quale non erasi giammai applicato rivolse i suoi studi all'opera del Bartlettano Bonelli, e compose due piccioli trattati *de verborum significatione, et de regulis juris longobardi*, che fe' nel 1595 pubblicare in Venezia (5). Il chiarissimo autore della nostra storia civile fa menzione degli scrittori che insino al principio del XVII secolo raccolsero gli avanzi delle leggi longobardiche, tra quali Prospero Rendella di Monopoli (6).

Da queste brevi nozioni intorno all'origine de' patti di rinunzia, alle regole di successione ed a' patti dotali introdotti dalle leggi de' popoli settentrionali; non che dalla storia del nascimento e del progresso del diritto longobardico tra noi, apparisce manifesto che l'interpretazione di tutte le controversie che da quelle derivano, malamente si ricaverebbero dal

(1) *V. le costituzioni Prosequentes de pignis sublati.*

Puritatem de praest. sacr.

In aliquibus de success. fil.

(2) *Andrea Bonello detto di Barletta de differentiis.*

(3) *Alla costituzione puritatem n. 9.*

(4) *V. Boerio in praefus. ad leg. long.,*

il quale riporta il detto di Luca: lex longobardorum, lex asinina, lex porcorum, fez et non lez.

(5) *Ferretti ad proemium Andreae de Borulo pag. 4 edizione Veneta del 1595.*

(6) *Giannone istoria civile tom. 3 lib. 29 cap. 5.*

diritto romano, al quale solamente potrebbe ricorrersi quando in difetto di ogni altra legge ed in parità di fatti e di ra-

gioni mancasse ogni altro fonte da cui si potesse ricavarne la soluzione.

VII.

Patto di Capuana e Nido.

Le consuetudini della città di Napoli ridotte in iscritto, per ordine di Carlo II nel principio del XIV secolo, contengono il diritto giusta il quale avevano i napoletani insino allora vissuto, tanto nella materia delle successioni legittime e testate, quanto in quella degli alimenti, de' contratti, delle pruove, delle servitù ed altre. Non dismetterò se quelle costumanze raccolte in un codice scritto fossero di origine greca, longobardica o mista, comechè per le cose di sopra dette non possa rimanere ignota la mia opinione. Una tal questione oltre dell'essere poco importante al soggetto, è sì scabrosa, che lo stesso autore della nostra storia civile si è in più luoghi contraddetto, ora eredendole di pura origine greca, ora mista o infetta delle pratiche, e degli usi de' longobardi (1). Sia la verità nell'una o nell'altra opinione, certa cosa è che il principio regolatore della successione legittima dei collaterali, è nelle consuetudini desunte dalla regola *paterna paternis, et materna maternis*. Difatti la consuetudine *si quis vel si qua ab intestato decesserit*, stabilisce, che nel caso in cui non visieno figliuoli o discendenti, *tunc proximiores ex parte patris succedunt in bonis omnibus defuncti, praeterquam in bonis quas obvenierunt eidem defuncto a matre vel aliquo ex linea materna in quibus proximiores ex parte matris succedunt*. Or sebbene il testo della consuetudine avesse preveduto il solo caso della mancanza de' discendenti, pur tuttavolta naeque sin dal tempo della sua pubblicazione la questione, se essendo superstita il padre o la madre, rimanessero questi esclusi da' prossimi congiunti materni o paterni. Il consenso degli stessi interpreti coetanei della legge decise la questione in favor de' genitori,

ed a canto alla regola notò l'eccezione: *patre vel matre existente non habet locum consuetudo*. Parmi in tale responso ripetuta la sentenza di Andrea di Barletta: *ex naturali aequitate non scripta illud jus potest dici, quod admittatur mater ad luctuosam filii haereditatem*. L'analogia tra queste due sentenze apparisce anche più manifesta da' motivi pe' quali Napodano giustificò volle l'eccezione.

Quid ergo si decessit quis derelictis patre et matre? Respondeo, de jure communi succedent pariter cum de jure communi non fit discretio inter parentes paternos et maternos, sed inter eas sola praerogativa gradus, ut in d. auth. defuncto in auth. de haered. ab intest. coll. 9. De jure autem isto videtur quod pater excludat matrem in omnibus bonis, et mater excludat patrem in iis quae obvenierunt defuncto ab ipsa matre vel linea materna, ut hic, et pro hoc quia pater est agnatus D. unde cognati, l. legitimus in fin. magnae glos. Mater vero est cognata ut not. eo tit. l. si spurcius. Sed primum puto verius, quia haec consuetudo loquitur patre, vel matre non existente. Ergo iuxta existentibus habet locum jus commune, quia pater et mater simul operantur adesse filiis ut in auth. de triente et remisse, §. neque illo, coll. 4. . . Item in educando ambo operantur, nam mater edueat triennio. . . Et quod mater admittatur aequaliter cum patre, probatur etiam alia ratione, quia similes passionnes simili medicina curantur. . . Sed parentes admittuntur ad successionem ex ratione miserationis et pietatis, et insolatium amissi filii (D. unde liberi, l. scripto igitur), cum similiter patiantur et doleant, similiter admittuntur, quae rationes tanquam naturales et rationabi-

(1) *Giann. storia civ. lib. 21 cap. 6 e lib. 29 cap. 5.*

les non tolluntur per hanc consuetudinem (1).

Comunque si giudichi delle ragioni sopra le quali l'eccezione fu fondata, non v'ha dubbio che lo scontro della legge col caso dell'esistenza del padre o della madre essendo frequente e quasi giornaliero rimaneva frustrato l'intento della legge, e quindi i beni, che in difetto dei discendenti ritornar dovevano alla linea d'onde erano usciti, passavano a dispetto della stessa legge, e dell'interesse delle famiglie, agli eredi del coniuge superstite. Per ovviare a cotanto inconveniente, i nobili delle curie di Capuana e Nido cercarono ne' patti dotali e rinunciativi quel rimedio che la legge e l'interpretazione de' dottori avevano loro negato. Per la qual cosa nelle tavole nuziali cominciossi ad inserire il seguente patto.

» Si dictum matrimonium dissolvi contingat per mortem viri, uxore superstite, liberis ex dicto matrimonio superstitibus, dictae dotes datae, et per virum receptae, restituantur, et earum restitutio, et assignatio realiter fiat dictae uxori superstiti, seu ejus haeredibus. Si vero dictum matrimonium dissolvi contingat per mortem uxoris superstitibus liberis ex dicto matrimonio dictae dotes solutae restituantur, et earum restitutio fiat ipsis liberis ex dicto matrimonio procreandis superstitibus. Et ubi, et in casu quod non superessent liberi ex dicto matrimonio superstites, vel etiam si tempore mortis dictae uxoris liberi ex eodem matrimonio superessent, et postea *ADITA HAEREDITATE*, VEL NON *ADITA* per eos, vel alium, seu alios eorum nomine, liberi ipsi decederent, vel morerentur in pupillari aetate, vel post quodcumque ab intestato sine liberis legitimis, et naturalibus, dictae dotes modo praedicto receptae veniant, et devinciri debeant, et ipsarum restitutio realiter fiat, et fieri debeat haeredibus, et successoribus dictae uxoris, seu haeredibus dotantis in pace, et sine molestia, et contrarietate quacumque, ac omni exceptione remota. Ita, quod eo casu quo

» ut praedicatur restitutio est facienda de dictis dotibus haeredibus, et successoribus uxoris, vel haeredibus, et successoribus viri, vel aliis quibuscumque personis ejusdem liberis, sicut praedicatur, decedentibus in pupillari aetate, vel post quodcumque ab intestato sine liberis legitimis, et naturalibus ex paterna linea, vel etiam succedente ejus vigore pupillaris substitutionis, vel aliter, nullum jus in ejusdem dotibus, sicut praedicatur, datis, et receptis acquiratur. Sed ipsas dotes, ut praedicatur, et quicumque haeres dictorum filiorum procreatorum, ut supra dictum ex matrimonio supradicto, eis vel ab intestato ex pupillari substitutione succedens, vel aliquo jure quocumque haeredibus, et successoribus dictae uxori restituere teneatur, absque detraktione alieius portionis jure naturae forsitan debita, seu dehendae dictae marito in ejusdem dotibus dictorum suorum exinde procreatorum ex dicto matrimonio salva potestate testanti dictae uxori, juxta usum consuetudinis Neapolitanae in scriptis redactae. Et ubi contingerit virum praemori superstite uxore, ac superstitibus liberis ex dicto matrimonio uno vel pluribus post modum filii ipsi morerentur, seu alter ipsorum moreretur in pupillari aetate, vel post quodcumque ab intestato, sine legitimis liberis et naturalibus, nullum jus ejusdem uxori, et suis haeredibus, et successoribus, seu matri suae ex materna linea ratione successionis debeatur, nec sit eis, vel alteri ipsorum quomodolibet acquisitum super bonis paternis ipsorum filiorum, nec ei succedant, nec succedere debeant, nec ipsa uxor succedere debeat quocumque, nec de bonis ipsis paternis suorum filiorum detrahere possit Trebellianicam, Falcidianam etiam legatum debitum jure naturae, et jus aliquod portionis cujuscumque, in quantum ipsam uxori, vel ejus matri, et aliis quibuscumque ex materna linea debeatur, quibus omnibus jure ac successione ipsis, et legitime debitis in casu praedicto dicta uxor, et

(1) *Napodanus ad consuet.* Si quis vel si qua.

» sic partes ad invicem rennaciaverunt,
» per stipulationem etc. et juraverunt,
» etc. (1).

Dicesi che le famiglie le quali avevano per tal modo provveduto alla conservazione de' beni gentilizi, e per esse le curie stesse che le rappresentavano fossero state sollecite d'impetrare nel 1503 dal Re Ferdinando il Cattolico la conferma della facoltà di stipulare il patto di Capuana e Nido, e di profittare degli effetti di quello. Laonde tra gli ottantaquattro capitoli di grazie impetrate dalla città e dal baronnaggio di Napoli, e concessi dal Re con diploma dato da Segovia il dì 5 ottobre 1503 leggesi anche il seguente :

» V. Item supplicano V. Cath. M. se
» digne concedere a la ditta università, et
» a ditti supplicanti in genere et in specie,
» tutti riti, osservantie, stili, usi, con-
» suetudine et costumanze scripte et non
» scripte, che se servano et sono soliti
» servarse, et consuete in la città pre-

» ditta de Napole et soi tribunali, et si-
» gnante le consuetudine, riti, et costu-
» manze che se servano in li seggi della
» ditta città, tra li gentilhomini de quil-
» li, et cossi quilli servano tra li citatini
» de epsa città. Rispose il Re; *placet Sa-*
remissimo Domino Regi.

Or prima d'ogni altra cosa si dimanda, se la permissione conceduta dal Re alla città ed a' seggi di continuare a vivere secondo le usanze tra loro ricevute riguardò particolarmente il patto di Capuana e Nido, ovvero fu generica o relativa alle sole consuetudini che avevano acquistato forza di legge? E se quella grazia o conferma abbracciava pure la facoltà di fare uso del detto patto, rimase però mutata la natura di quello, e da patto che era, fu trasformato in un supplemento della consuetudine *si quis vel si qua*? Ed in altri termini l'usanza delle curie di Capuana e Nido acquistò forza dal patto de' contraenti, ovvero dalla legge?

VIII.

L'uso di Capuana e Nido è un patto e non una legge.

I caratteri del patto e della legge sono sì distinti tra loro, ch'è impossibile scambiargli, traone se si voglia rovesciare il significato legale de' vocaboli, per far nascere l'ambiguità, e quindi la discettazione. E per verità le differenze che passano tra l'uno e l'altra sono inerenti tanto alla causa che gli produce, quanto agli effetti che ne derivano.

Ed in prima la legge è un precetto comune al quale (giusta la definizione di Demostene riferita da Papiniano) *omnes decet obedire*; sì che è l'attributo esclusivo della Sovrana Potestà la quale a tutti sovrasta. Conseguenza di tal principio è che l'effetto della legge sia assoluto, imperativo, universale. Laonde non meriterebbe il nome di legge un'ordinazione, la quale non fosse generale: *iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*.

Per l'opposito il patto non è se non il consenso di più persone, le quali restano

obbligato per virtù della propria volontà. Ora fermandoci a questi generici caratteri del patto e della legge, e quelli applicando al soggetto in questione, non può concepirsi, come una convenzione matrimoniale che è in libertà delle parti contraenti di fare o di non fare, possa essere qualificata di legge. Se si trattasse d'una formola unica di contratto, suggerita da prima dalle curie di Capuana e Nido, ed indi ricevuta generalmente da tutti; o se si fosse trattato d'una correzione alla consuetudine *si quis, vel si qua*, introdotta prima per patto e di poi eseguita generalmente per tacito consenso, potrebbe il fatto posteriore ed il consenso universale avere trasformato la convenzione in legge. Ma il patto di Capuana e Nido, dalla prima sua introduzione insino alla pubblicazione delle nuove leggi civili, è stata una formola opposta ed alterna del patto *de proteri et magnati*. Ciascuno de' contraenti sceglier poteva a

(1) *Afflito Decis.* 237.

suo arbitrio o l'antica, o la nuova maniera colla differenza che l'antica de' proceri e magnati era la conseguenza della consuetudine, o sia del diritto comune, laddove la nuova era una deroga alla disposizione di quello. Per virtù della prima *patre vel matre existente* cessava il diritto de' lati materni o paterni; per effetto della seconda i genitori rinunziavano al beneficio della legge comune. Ma chi dice rinunzia, dice patto, dappoichè sarebbe assurdo che taluno potesse trovarsi spogliato de' suoi diritti legittimi senza un'espressa e volontaria cessione.

Qual'è dunque questa specie di legge, alla quale le parti contraenti si sottopongono, o che rifiutano a loro arbitrio? Come può addivenire, che patti stipulati

nel privato interesse delle famiglie e dei contraenti acquistino il carattere di disposizioni legislative? Come si toglie alle parti contraenti il diritto che acquistano per lo scambievole consenso e per la reciprocazione delle obbligazioni, ed un tal diritto si trasmuta in un semplice effetto legale, durevole solamente per quel tempo, per lo quale non avrà il legislatore dato un'altra forma alle convenzioni dei matrimoni, ed a' patti dotali? Per operare una cotanto illegale metamorfosi, il vocabolo di patto si cangia in quello di consuetudine, e dal perche' un patto è stato più volte ripetuto o da molti imitato, il consenso delle parti contraenti si confonde colla volontà del legislatore.

IX.

Lo stesso argomento dimostrato per la grazia del 1505.

L'argomento che si ricava dalla grazia di Ferdinando il Cattolico, sembrami che potrebbe ugualmente assistere a' fautori di ambo le contrarie opinioni. Imperciocchè se si potesse dimostrare, che il patto di Capuana e Nido avesse già acquistato la forza di consuetudine prima di quella conferma, certamente alla legge prescritta per la forza dell'uso si sarebbe aggiunto il suggello della Reale approvazione. Ma se per contrario lo stile di quelle curie fosse rimasto sempre ne' termini d'una convenzione, o d'una cautela volontaria, alla quale talvolta si uniformavano anche i proceri e i magnati, o gli altri cittadini, e dalla quale talvolta ancora dipartivansi gl'individui degli stessi seggi, che l'avevano proposta, è manifesto che la grazia la quale permise l'uso del patto non cambiò la natura di quello.

E per verità riandando di nuovo le parole della dimanda, non s'impetrò dal Re che l'eurema di Capuana e Nido si convertisse in un'usanza generale per tutti obbligatoria, ma solamente si chiese che i *riti*, le *osservanze*, gli *stili*, gli *usi*, le *costumanze* si servassero per l'avvenire, siccome eransi servate per lo passato. Ora una tal dimanda può ricevere una doppia interpretazione, cioè nel suo complesso, ed in ciascuna delle sue parti. Interpretata

nel primo senso, è evidente che la cittadinanza di Napoli, e i seggi che a quel tempo vantavano il diritto di rappresentarla, intesero implorare dal Sovrano la grazia della conferma e conservazione dei loro privilegi.

Interpetrata poi nel secondo senso, è ugualmente manifesto, che nè la dimanda, nè la graziosa risposta del Re definirono qual fosse un rito, quale una semplice osservanza, quale una consuetudine; ma che ciascuna di queste cose rimase quale era, rimosso solamente il dubbio dell'innovazione o della riforma. Se dunque *patto* era prima de' capitoli di Segovia, *patto* rimase dopo la Sovrana approvazione.

Ciò non pertanto perchè il patto di Capuana e Nido si abbia come compreso nella dimanda della città e nella disposizione della grazia, fa d'uopo dare all'una ed all'altra un senso estensivo, e che forse con ogni buona ragione si potrebbe loro negare; imperciocchè nè è espressamente nominato nè v'ha motivo per riferire la grazia più a questo che a tanti altri patti, i quali per nostro particolare stile erano ricevuti in ogni genere di contratti. Ma si conceda pure, tra perchè giova il concederlo, e perchè tal'è stata l'opinione di molti scrittori del foro! Qual ne

cessità richiedeva che la Suprema Potestà confermasse un patto già ricevuto, e quale è la differenza che passa tra un patto privato, ed un altro riconosciuto e confermato dalla legge? Ogni patto il quale deroga alla legge comune, specialmente nelle materie di pubblico diritto, qual è appunto l'ordine legittimo delle successioni, abbisogna di una Sovrana approvazione, tacita o espressa. I napolitani l'avevano tacita e dubitarono che nel cangiamen-

to della dinastia potessero perderla, si che desiderarono averla espressa. Ma che mai acquistò il patto in forza della conferma? Quello che è definito dal diritto comune a rispetto di tutti i patti, i quali sono confermati da una legge: *legitima conventio est, quae lege aliqua confirmatur. Et ideo interdum ex pacto actio nascitur, vel tollitur, quoties lege vel Senatusconsulto adjuvatur* (1). Adunque un patto ch'era prima tollerato divenne legittimo.

X.

Lo stesso argomento dimostrato per la lettera del patto.

Matteo degli Afflitti, il quale ci ha conservato il tenore del patto di Capuana e Nido, ne comincia l'esposizione ne' seguenti termini: *nobiles Capuanae et Nidi habent istam consuetudinem, quae instrumentis dotilibus exprimitur*. In questo luogo i vocaboli *habere consuetudinem* sono adoperati nel senso volgare *essere uso o solito*; tali espressioni dinotano un atto frequente, ma volontario. Inoltre qualunque fosse questo solito formava la materia degl'istrumenti dotali ne' quali inserivasi per intero la formola del patto. Quindi è manifesto che la formola solenne serviva solamente a determinare gli effetti legali del patto, quandochè fosse piaciuto alle parti contraenti il convenire piuttosto in questo, che in altro modo. Siccome il principio del discorso di Afflitti indica un patto solito, ma volontario de'gentiluomini di Capuana e Nido, così la fine caratterizza una tale costumanza come un patto, anzi come un progetto il quale non acquistava forza di convenzione se non quando fosse stato stipulato e giurato: *et sic partes ad invicem renunciaverunt per stipulationem, et jurave-*

runt. La necessità della scambievole rinunzia nasceva dalla natura stessa della convenzione, dapoichè trattavasi di torre di mezzo il padre o la madre dalla successione de' figli, e di derogare alle disposizioni del diritto comune. Se si voglia definire questa specie di rinunzia per le regole di sopra esposte, è manifesto che saremmo nel caso di una rinunzia all'eredità di persone incerte e di una determinata specie di beni. Comechè cotesta specie di rinunzia non fosse riprovata dall'antico diritto romano (2), purtuttavia per maggior fermezza dell'obbligazione aggiungevasi al patto il giuramento, sia per osservanza della cautela comune allora a tutti i contratti, sia per la somiglianza del caso preveduto dal Capitolo *quamvis pactum*.

Sin qua la formola stessa della costumanza addita una convenzione di stilo, e non una legge che i nobili di Capuana e Nido avessero a se stessi imposto. Ma questa stessa dimostrazione risulta più chiara dal tenore delle reciproche obbligazioni, le quali formavano il soggetto della stipulazione.

XI.

Lo stesso argomento dimostrato per la natura dell'obbligazione.

L'idea che principalmente campeggia in tutto il tenore del patto è che mercè della rinunzia ciascuno de'coniugi toglie

di mezzo se ed il lato suo nella successione all'eredità dell'altro, per modo che la qualità ereditaria non dovesse giammai

(1) L. 6. D. de pactis.

(2) V. sopra al num. V.

turbare gli effetti del patto, e nel caso in cui premorisse il padre o la madre, la restituzione della dote o de' beni paterni dovesse farsi a' congiunti del rispettivo lato, tolto il mezzo sì de' genitori che de' figli stessi. La decisione 237 di Affitto raffigura il seguente caso: muore il marito lasciando superstita un figlio e la moglie; il figlio s' immischia nell'eredità paterna senza inventario; muore di poi la madre e lascia di se erede lo stesso figlio; muore appresso il figlio in età maggiore *ab intestato* dopo aver confuso nelle sue mani la paterna e materna eredità; aspirano all'intera eredità del figlio da una parte i prossimi congiunti del padre, e dall'altra quei della madre; si dubita se la dote debba tornare a' congiunti materni comechè più rimoti, o se per l'addizione dell'eredità di ambo i genitori si fossero confusi nella persona del figlio i diritti di eredità e debito, che l'una eredità contra l'altra vantava. Quantunque la quistione negli stretti termini del diritto comune sembrasse di facile soluzione; purtuttavolta la forza del patto sostenuta da un argomento ricavato da Paolo di Castro nella legge *debitor D. ad Trebellianum*, fece prevalere la ragione che la confusione non poteva verificarsi, dappoichè l'eredità della madre erasi dal figliuolo acquistata non irrevocabilmente, ma sospesa dalla condizione espressa nel patto medesimo: *Unde cum ista dos*, dice Affitto, *ad filium post mortem matris pervenit, revocabiliter in casu in quo non fecisset testamentum, et decederet sine filiis, quia tunc debet pervenire ad proximiores matri per dictam consuetudinem, absque obstaculo praescriptionis, ideo dicta aditio non habet vim solutionis, sed confusionis, et ideo remanet ipsis proximioribus ex parte matris hypotheca pro dotibus praedictis contenta in instrumento dotali, si dos consistat in pecunia*. Per questa ragione soggiungo Affitto, *Fuit per omnes dominos S. C. votatum, quod dicta aditio haereditatis maternae factae per filium qui fuit haeres patris, inducat solum confusionem, et unionem bonorum paternorum, et maternorum, et non solutionem, ex eo*

quia ista dos materna, quae pervenit ad filium, pervenit revocabiliter, in casu si postea moriatur sine filiis, et ab intestato, quo casu adveniente, proximiores ex parte matris hujus filii decedentis sine liberis, vel ipsi liberi sine descendantibus ab intestato, virtute dictae consuetudinis contentae in instrumento dotali, possunt agere hypothecaria in bonis dicti filii ultimi morientis ab intestato, contra ejus proximiores ex parte patris ejus haeredes, per jura pro hac parte inducta; et dum iste casus iterum contigisset de facto in personâ proximiorum dominae Margaretæ Capanae, quae fuit mater nobilis Jo. Thomasi Branchacii, et post mortem dicti Jo. Thomasi sine filiis, et sine haerede testamentario, dicti proximiores ex parte matris egerunt hypothecaria contra bona viri pro dotibus dictae dominae Margaretæ, et fuit praestita dicta assistentia per S. C., et postea per jus offerendi fuit eis satisfactum (1).

Nella medesima sentenza andò il S. C. colla decisione 92 riportata dal presidente de Franchis. Allora si discettò pure, pe' matrimonii contratti col patto di Capuana a Nido, quandochè morisse la madre lasciando la figliuola superstita, e morisse costei dopo aver adita la materna eredità, se dovesse succedersi alla figliuola, ovvero alla madre. Il S. C. dopo lunga discussione, avendo considerato che giusta i termini del patto erano perfettamente equiparati i due casi, o che l'eredità non fosse adita, o che fosse adita rinvocabilmente per effetto della condizione, dichiarò doversi succedere alla madre e non alla figliuola (2).

Le due anzidette decisioni non solamente hanno servito di norma ne' casi susseguenti, ma trovansi conformi ad altri giudicati anteriori che i comentatori e gli addetti hanno ricordato nelle loro illustrazioni. Cesare Ursillo attesta essere stato così deciso dalla Camera della Sommaria nel 1543 nella causa tra il Fisco, i Signori Loffredo e Gio. Antonio Mansella (3). Giannangelo Pisanelli dice che lo stesso fu deciso dal S. C. a' 19 di maggio 1526 a relazione del Consiglier Antonio

(1) Decis. 237.

(2) Decis. 92 n. 5.

(3) V. Ursillo alla decis. 237 di Affitto.

Capece nella causa di Antonia Gaetana de Cutinariis moglie di Gian Andrea Fucilli. Nel commento alla citata decisione, Pisanelli dopo avere ricordato la sentenza di Paolo di Castro, rende in brevi detti la ragione della massima ricevuta: *Nom actus conditionalis nihil ponit firmum; ergo non est facta acquisitio irrevocabili- ter, et sic non est extinctio actio; ergo deficiente conditione, habetur ac si dispositio non esset facta* (1).

Tutte le riferite opinioni non nacque- ro già da favore per la costumanza de' no- bili di Capuana e Nido, ma dalla natura del patto e dagli effetti legali della reci- proca rinunzia, sulla quale il patto stesso è fondato. Di fatti se si voglia risalire al primo autore dell' opinione, manifestata da Afflitto, da Capece e da de Franchis, si troverà essere dovuto il merito di quel- la allo stesso Napodano nella glossa alla consuetudine *Si quis vel si qua*.

XII.

Lo stesso argomento dimostrato per l' opinione di Nopodano.

Il patto col quale il padre rinunzia in favor della moglie e degli eredi suoi alla legittima successione de' figliuoli, è un patto reale e non personale; e però la rinunzia è fatta non in favor della moglie, ma di coloro, a' quali il patrimonio di lei sarebbe spettato se non fosse mai stato nè il matrimonio, nè il marito. Quindi il marito rinunciante si ha come morto, per modo che la sua persona non può essere mai nè mezzo, nè legame di trasmissio- ne (2). Marino Freccia smentendo la dottrina di Napodano avverte in un'addi- zione: *Ad consuetudinem Capuanae et Nidi, secundum novum usum, vulgo olla nova maniera, est notandum quod renun- cians habetur pro mortuo* (3). Giannan- gelo Pisanelli: *dicta renunciatio est realis et in totum quod mortua uxore licet filii succedant, si postea moriantur non succedit ipsius poter, sed succedunt alii haeredes mulieris, qui essent sibi succes- sori filius non extantibus, quia renuncia- tio generalis facit renunciantem habere pro mortuo* (4).

Tutti gli scrittori del foro, comechè sovente sieno vari e discordi intorno agli effetti della rinunzia de' coniugi, purtut- tavolta convengono nell'applicazione del-

la dottrina di Napodano. Tanto Fabio di Anna, quanto Giannandrea de Giorgio, i quali vedremo qui appresso contraddirsi intorno alla natura del patto, convengo- no che i genitori tolgono se stessi di mez- zo mercè della rinunzia, comechè cia- scuno avesse di poi cercato torcere le con- seguenze di tal principio all'interesse del- la propria causa. Fabio d' Anna special- mente dopo avere stabilito il principio che il patto di Capuana e Nido fu introdotto, acciocchè i beni si conservassero nelle rispettive famiglie, *ne sciamò che esclusa la madre dovessero intendersi esclusi an- cora i suoi discendenti* (5). Dalla stessa dottrina di Napodano ricavò il nostro esi- mio Giuseppe di Rosa la medesima con- seguenza: *certe successores in dotibus, aliisque bonis maternis, erunt proximio- res mulieris, parentibus invicem exclu- sis, et ita hunc novum usum omnes no- strates retulerunt* (6). E finalmente il no- stro Carlo Gagliardi nel trattato *de iure dotium*: *Inducitur praeterea ex relatis verbis ultimi articuli usus novi, quod eiusdem usus pactione inducitur mutua renunciatio inter futuros coniuges, non utique personalis aut translativa, sed ex- tinctiva prorsus et abdicativa, adeo ut*

(1) Pisanelli add. alla decis. 237 di Afflitto.

Riccio add. alla stessa decisione 237. Pisanelli add. a' num. 56 e 68 della consuetudine *Si quis vel si qua*.

(2) Nopodano gloss. alla consuet. *Si quis vel si qua*.

V. praeterquam n. 194 a 20.

(3) Freccia ad Consuet. fol. mih. 130. *Et in apostilla nota quod renunciatio.*

(4) Ad gloss. Napod. n. 195.

(5) *V. il consiglio 92 di Fabio d' Anna* n. 66 a 77. *Ed il cons. 118 n. 9 e seg. Gio: Andrea de Giorgio alleg. 23.*

(6) Joseph. de Rosa Consult. VI n. 68.

ipsi renunciantes pro mortuis habeantur sicque pater intelligatur perpetuo exclusus a successione filii morientis post matrem, nedum in dotibus, sed in omnibus etiam bonis maternis extradotalibus, et mater vicissim a successione filii post patrem defuncti, exclusa in omnibus bonis paternis, etiam de novo quaesitis ex portione quoque legitima, ut omnes doctores testantur (1).

Non rileverò in questo luogo tutte le conseguenze che emergono dalla dottrina di Napodano, tranne una sola la quale come più evidente anzi più luminosa regge tutte le altre, e fissa il vero carattere

della nuova costumanza. Questa non altrimenti opera se non per virtù della vicendevole rinunzia de' genitori. Ora chi dice rinunzia, dice patto. Per questa e non per altra ragione il S. C. qualificò come rinvocabile l'eredità adita da figliuoli, indi morti senza legittimi discendenti. Per questa medesima ragione dichiarò che i diritti delle famiglie in favor delle quali era fatta la rinunzia dovessero aversi come sospesi dalla condizione. È dunque un teorema del diritto consuetudinario che l'uso di Capuana e Nido altro non è, se non un patto condizionale.

XIII.

Lo stesso argomento dimostrato per la genesi del patto.

Il chiarissimo Napodano fu il primo a proporre in qual modo potessero i genitori essere esclusi dalla successione de' figliuoli, acciocchè si evitasse quel caso nel quale la consuetudine *si quis vel si qua* era difettiva. Tre mezzi seppe egli prevedere, la morte, il patto, la prescrizione; e fermandosi al patto avervi non essere migliore spediente della reciproca rinunzia, la quale togliendo di mezzo i genitori per se, loro eredi e successori, avrebbe fatto sempre cammiare i beni colla regola *paterna paternis, et materna maternis* (2). Basò il consiglio d'un sì grande giureconsulto, perchè la cautela da lui proposta fosse prestamente accolta da tutte le persone, alle quali più importava la rigorosa osservanza della regola suddetta. Quindi i notai la concepirono ne' termini più atti a produrre l'effetto ch'erasi immaginato; quindi ripetuta in tutti i contratti matrimoniali de' gentiluomini di Capuana e Nido, divenne una formola solenne che ne' tempi seguenti fu trascritta da tutti coloro a' quali piaceva imitarla.

Giovanandrea de' Giorgio ripatò giureconsulto del XVI secolo narra la genesi del patto di Capuana e Nido nel seguente

modo: *Inveni Napodanum disserentem quot modis pater vel mater possint excludi a successione filiorum, qui (in dicta Consuetudine si quis vel si qua in glossa in verbo praeterquam, num. 187 ver. sed quareo quomodo) dixit tribus modis interemptione, pactione, et praescriptione, et ibi infra num. 194 in verb. pactione probat excludi patrem per pactum quando promissit non succedere, renunciando futuras successioni filiorum. Coeperunt nobiles platearum Capuanae et Nidi contrahendo matrimonia convenire, ut contraer. altrinsceus renunciassent successioni filiorum, hinc dictus est novus usus dictarum platearum, non quod dictae plateae induzerint Consuetudinem quod non succedant, sed usum renunciandi, unde Afflictus in decis. 237 referendo dictum usum nil aliud refert quam usum renunciationis per eadem verba quibus notarii utuntur in renunciationibus praedictis, adeoque non ex hoc quod sit de plateis praedictis excluditur a successione filiorum et subjacet huic usui, nisi in specie se ei submittat et contrahat secundum novum usum, et renunciet successioni filiorum, pro ut et contra qui renunciant successioni fi-*

(1) *De jure dotium cap. 1 n. 26.*

Vedi anche *Sorge Jurisprud. forens. tom. VI cap. 14 n. 18.*

(2) *Napod. alla glossa praeterquam, n. 195.*

liorum, licet non sint de plateis praeditis, non succedunt filiis (1).

La medesima genesi è narrata dal nostro Orazio Montano: Consuetudo nobilium Capuani sedilis, et Nidi, originem habuit ex interpretatione Napodani ad consuet. Si quis vel si qua: quae dum vocat proximiores ex parte patris ad successionem bonorum obventorum morientis de cuius successione agitur, ex latere patris: et ad successionem bonorum obventorum ex latere matris vocat proximiores ex parte matris: de patre, vel matre existentibus tempore mortis filiorum nil providet: hinc Napod. dicit esse casum omissum, et proinde recurrendum esse ad jus comune romanorum quo parentes succedunt filiis. Ex hac interpretatione Napodani usu iudicatarum rerum comprobata, cum nobiles dictorum sedilium, qui magnas dotes dabant filiabus, et sororibus, vidissent defectum finem statuentium in illis consuetudinibus scriptis, scilicet conservandi bona in agnationibus, et familiis a quibus obveniant: nam jure comuni romano non fit haec distinctio bonorum a quo latere obveniant, scilicet paterno, an materno: sed pater succedit filio in bonis quae habet, sic etiam mater, et hoc modo bona materna deveniebant ad agnatos paternos mediante persona patris, et bona paterna deveniebant ad cognatos mediante persona matris. Illic inconvenienti ut succurreretur, et ad finalem intentionem statuentium in dicta consuet. deveniretur: quia Napod. in ead. consuet. dicit, posse patrem et matrem excludi a successione filiorum tribus modis, scilicet interemptione, pactione, et praescriptione: et paulo post ponit formam excludendi pacto, et renunciatione, si vir tempore constitutionis dotium renunciat uxori per pactum seu stipulationem non succedere filiis communibus in-

testatis decedentibus sine prole legitima in dotibus maternis, soluto matrimonium per mortem uxoris: quo caso habetur exclusus ac si esset mortuus: et sub eadem forma uxor promittit non succedere filiis, si matrimonium dissolvatur per mortem viri: ideo nobiles dictorum sedilium in instrumentis dotalibus, et capitulis matrimonialibus usi sunt hac forma renunciationis, et pacti de non succedendo communibus filiis intestato decedentibus sine prole legitima quandocumque vel in pupillari aetate: ut Afflict. amplioribus verbis illam describit, et ut testantur de Ponte ac Molfesius hoc unicum pactum renunciationis successioni intestatae filiorum, stipulatur in instrumento dotali, et in hoc consistit dictus mos nobilium Capuani sedilis et Nidi (2).

Alle due precedenti autorità è uniforme la testimonianza del nostro egregio giureconsulto Giuseppe de Rosa: Quoniam vero triplici modo parentes de medio tolli posse Napodanus metipse eo loco n. 187 docuerat, nempe morte, pactione, et praescriptione, ideo nobiles Capuanae et Nidi volentes ut locus esset Consuetudini, etiam patre vel matre in medio existente, caeperunt uti pactione parentum exclusiva, stabilientes ut in capitulis matrimonialibus parentes ipsi ad iniciem a successione filiorum intestato morientium mutua renunciatione se excluderent (3).

La conseguenza che si ricava dall'origine del patto è, che i primi autori di quello non intesero già di proporre una correzione alla consuetudine scritta, ma ricorsero alla cautela della rinuncia, come la sola per la quale si potesse derogare alla disposizione del diritto comune. Nè altrimenti potevano fare, dappoichè la legge non avrebbe potuto ammettere un principio contrario a' diritti del sangue, ad al naturale ordine delle successioni.

(1) Jo. And. Georgii alleg. 23 num. 19, 20 e 21.

(2) Montano Contr. 1 n. 39, e 40.

(3) De Rosa consult. 6 n. 66.

Lo stesso argomento dimostrato per l'autorità de' più rinomati Scrittori del Foro.

La prima volta che discettossi solennemente nel foro, se il patto di Capuana e Nido fosse una rinunzia, o una consuetudine, fu per la successione del principe di Conca morto senza figliuoli e *ab intestato*. Ne' capitoli matrimoniali di D. Sveva di Avalos sua madre, comechè i contraenti appartenessero a' seggi di Capuana e Nido, si affermò che vivevano *more magnatum*, e non si fece alcuna menzione del patto, o sia della nuova maniera. Pretese per conseguente la madre essere ammessa alla successione del figliuolo, contraddidente la principessa di Caspoli sia paterna del defunto. Le quistioni proposte alle due ruote del Consiglio (che d'ordine del Collaterale unironsi per decidere questa causa) furono, 1.° se i nobili di Capuana e Nido i quali non ispiegano ne' capitoli matrimoniali se vogliano contrarre ad un modo più che ad un altro, debbasi presumere aver contratto giusta il patto delle loro curie; 2.° se l'usanza di Capuana e Nido sia una consuetudine, ovvero un patto; 3.° se i nobili di Capuana e Nido, i quali ne' capitoli matrimoniali avessero dichiarato vivere *more procerum et magnatum* senza nulla dire della successione dovessero essere soggetti alle regole del patto di Capuana e Nido, ovvero a quelle del diritto comune. Questa fu la enusa nella quale da una parte si sostiene doversi avere come una vera consuetudine l'usanza di Capuana e Nido, e dall'altra per contrario doversi avere come semplice patto di rinunzia. Le ragioni allegate dalla prima furono, 1.° l'uso della nuova maniera è una consuetudine propria degli uomini di Capuana e Nido, la quale prevaler dee all' uso de' magnati che è il diritto comune universale; 2.° la presunzione è che costoro abbiano contrattato secondo la propria consuetudine; 3.° nel dubbio dee sempre credersi che si abbia voluto fare quello che comunemente si pratica. Queste stesse ragioni sono quel-

le che in una causa simile allegò Fabio d'Anna in sostegno della medesima opinione (1).

Nessuna delle indicate ragioni risponde alle difficoltà di sopra proposte, nè spiega come un patto possa essere trasmutato in legge. Se la rinunzia dee partire dalla deliberata volontà e dal consenso del rinunziente, non può intendersi come un'obligazione cotanto odiosa possa contrarsi senza il fatto proprio. Quindi se il patto di Capuana e Nido presuppone la volontà ed il fatto delle parti contraenti, non è luogo alle presunzioni, le quali possono solamente supplire alla volontà tacita, ma non vincere l'espressa. Sarà dunque un patto solito, usitato, comune, il quale produrrà certi effetti legali tante volte quante sarà ripetuto, nel quale senso solo potrà esser chiamato consuetudine, o costumanza.

Più sode e più vere sono certamente le ragioni allegate in contrario da Giovannandrea di Giorgio, di cui giova riferire l'intero discorso: *Discutiam distincte, questi dico, quidquid pars ipsa intendit inducere ex dicto novo usu, seu renunciatione matris, dilucidando prius quid sit iste novus usus, consuetudo scilicet, vel pactum, ut facilius intelligi possit quid operetur, si intra districtum, vel extra, si comprehendit personam matris tantum, vel extenditur ad filios. Et quidem iste novus usus nihil aliud est quam renunciatio quaedam inter partes quae inolevit inter nobiles dictarum platearum suppletiva in uno in quo deficit consuetudo praedicta si quis vel si qua; nam cum introduxisset dictam modum succedendi jure proximitatis cum distinctione bonorum, non fecit mentionem de patre, vel matre, et cum fuisset habita ut odiosa communiter receptum est quod dicta consuetudo non comprehendit patrem nec matrem, quibus existentibus in medio cessat consuetudo Unde cum pater et*

(1) Fabio d'Anna cons. 2 e 92.

mater succedebant non obstante consuetudine, cupientes aliqui excludere etiam lineam ascendentem, quam tota civitas in generali consuetudine praedicta excludere noluit, non valentes particulares, uti singuli inducere legem vel consuetudinem in materia succedendi, quod nec quarteria et plateae facere possunt; e dopo avere soggiunto ciò che riguarda l'origine di tal patto, conchiude: *Est itaque mos renuncianti consuetus praticari inter aliquos, nec pars poterit allegare authorem, qui dixerit dictum usum esse consuetudinem non succedendi* (1).

Separando le ragioni degli alleganti dall'interesse della causa, siccome far si dee semprechè si voglia dalle autorità ricavar il vero, sembrami manifesto che tanto Fabio d'Anna, quanto Giannandrea de Giorgio vollero ricavar una falsa conseguenza dal rispettivo loro assunto. Il primo sosteneva che il patto di Capuana e Nido fosse una consuetudine per conchiuderne che i nobili di entrambe quelle curie nascessero soggetti agli effetti di quella usanza comechè piacesse loro in altro modo contrarre. Il secondo sosteneva che fosse un patto per inferirne che essendo la rinunzia personale, non dovessero gli eredi e i successori del rinunziantе ricevere da quella pregiudizio alcuno. La conseguenza di Anna era falsa, siccome era erronea la ragione sopra la quale voleva fondarla. La conseguenza di de Giorgio era pure falsa, perchè contraria alla natura del patto reale ed all'autorità di Napodano, di Afflito e di tutti gli antichi giureconsulti; ma la cagione d'onde la ricavava era vera, siccome li dimostrano le opinioni degl' interpreti, i quali hanno trattato la quistione non per interesse di causa, ma per la giusta analisi de' principi del diritto.

Il padre Molfesio fu uno de' primi a pronunziare intorno alla discordanza tra Fabio d'Anna e Giannandrea de Giorgio: il principale argomento che muoveva il consigliere d'Anna era che ciascuna famiglia o ciascun quartiere può formare uno statuto che abbia pe'suoi componenti la forza di una legge, in conferma del quale

assunto citavansi gli statuti che molte famiglie e collegi avevano creato. Per verità l'esempio era alquanto vago, dappoichè preso alla lettera vi si troverebbero comprese tutte le regole de'frati; era inoltre poco concludente, giacchè dimostrata la possibilità, rimaneva ad esaminare il fatto; o finalmente sarebbe nato il dubbio, quali regole possano formarsi per lo concorso delle private volontà, e d'onde queste prendano forza, se da loro stesse, o dalla legge che le approva: *Hoc ejus primum assumptum, dice Molfesio, et principale fundamentum non subsistit, nam consuetudo unius familiae non est propria consuetudo, sed assuefactio, quae differt a consuetudine propriae sumpta, ut probat . . . ubi dicit valere in vim pacti, non autem in vim consuetudinis . . . et ratio est manifesta, quia quarteria et familia veram consuetudinem introducere non possunt . . . et hac de causa dum nobiles dictorum sedilium contrahunt matrimonium non dicunt contrahere secundum consuetudinem Capuanae et Nidi, sed secundum novum usum Capuanae et Nidi, ut cernitur ex instrumentis praedictis, et advertitur Afflictus . . . et consequenter non est vera consuetudo, sed potius pactum renunciationis, vel quaedam assuefactio*. Lo stesso autore dopo avere risposto a tutte le altre obbiezioni passa in rivista gli scrittori che seguirono l'opinione d'Anna, molti de' quali, soggiugne, non meritano l'onore di essere allegati. In fine tratta una tal sentenza come singolare, come dettata dall'interesse della causa, e come contraria alle cose giudicate (2). Non meno acutamente contraddisse Scipione Rovito l'opinione di Fabio di Anna: *Consiliarius Anna praesupponit, quod illa Consuetudo Capuanae, et Nidi sola de per se operetur absque facto hominis, etiam si a contrahentibus non sit in pactum deducta ad instar ejuslibet alterius legitimae consuetudinis. Quod erroneum est; nam talis consuetudo nunquam operetur effectum aliquem, nisi partes expresse sic paciscendo contraxerint, et quando de eo non est facta expressa mentio in contractu remanet*

(1) De Giorgio alleg. 23 n. 16 a 22.

(2) Molfes. Comment. ad consuet. nea-

pol. P. 11 De bonis, quaest. 24.

contractus sub dispositione juris communis, vel consuetudinis in scriptis redactae. . . et constat ex Afflict. in sua vulg. dec. 237, ubi in primis verbis ait, quod haec consuetudo exprimitur in capitulis matrimonialibus, et in decis. 202 dicit, quod consuetudo nobilium Capuanae et Nidì est quod in contrahendis matrimonis faciunt hoc pactum, ergo si cessat pactum in matrimonio, cessat etiam haec consuetudo, redditur hoc manifestum ex ultimis verbis, quae ponit Afflict. d. dec. 237 describendo formalia verba hujus consuetudinis, ibi, et sic partes ad invicem renunciaverunt per stipulationem, et juraverunt etc., quae verba sunt immediate ante num. 1, nam ex eis constat, quod, ut illa consuetudo operetur, requiritur expressa stipulatio cum juramento, ergo absque expresso pacto nihil est, et licet vulgariter nuncupetur consuetudo, quae habet vim legis, sed suscipit hoc nomen ex eo, quia nobiles horum sedilium fuerunt primi, qui hujusmodi pactum in eorum matrimoniis introduxerunt, ita ut propterea magis proprie dici debeat assuefactio, quam consuetudo; et mulier hoc casu excluditur a successione non tam per consuetudinem, quam per suam renunciationem consuetudine firmatam. Nusquam enim poterit pare in aeternum demonstrare hanc consuetudinem fuisse practicatam, nisi quando fit expresse in pactum deducta a contrahentibus, propter quod in casu convento sustinebitur in vim pacti, non autem in vim legis, seu verae consuetudinis (1).

Carlo de Rosa nella sua glossografia allo consuetudini napolitane non solamente volle confutare il primo, ma ha meglio degli altri trovato la ragione per la quale l'usanza di Capuana e Nido, non può essere legalmente parlando, qualificata come consuetudine: *Usus Capuanac et Nidì non est consuetudo, quia si esset consuetudo licet materna haereditas esset effectum proprium filii patrimonium, dicta consuetudo non posset subtrahere, quia pater excluditur, et esset revocare jus naturae, quod consuetudo, statutum vel lex facere non potest; sed est pactum, et ve-*

rum est in jure, posse dari haereditatem filio cum pacto, quod pater non succedat, sed filio hoc casu acquiritur avocabiliter et nunquam illa bona dicuntur confusa, nec effecta proprium filii patrimonium, unde si post mortem matris moriatur pater, et filius uti haeres matris esset creditor dotium maternarum super haereditate patris, actio petendi istas dotes non confunditur, etiamsi filius paternam haereditatem adierit absque inventario, et sic mortuo filio prozimiore possunt detere dotes (2).

La ragione allegata dal de Rosa è vera e profonda insieme. Imperciocchè quel che possono fare i patti successori, farlo non potrebbe la legge: quelli sono altrettante eccezioni, questa è la regola costante del giusto e dell'equo, ricavata dal diritto di natura e dal comune voto degli uomini. E però può taluno rinunziare al suo diritto presente e futuro, ma non può la legge dietro questo esempio privare la generalità degli uomini dello stesso diritto. Tanto non può, quanto la maggior parte de' legislatori non ha neppur tollerato i patti rinunciativi. Quei che gli hanno tollerati hanno distinto patto da legge. Per lo patto vale il principio, *volenti nulla fit injuria*; laddove per la legge è sempre costante la massima, *jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt*.

Orazio Montano prima di Carlo de Rosa aveva pronunziato la medesima opinione, comechè l'avesse ricavata da argomenti di fatto, più che di diritto: *Hoc unicum pactum renunciationis successionalis intestatae filiorum, stipulatur in instrumento dotali: et in hoc consistit dictus mos nobilium Capuani sedilis et Nidì (3).*

Il Presidente de Franchis non considera altrimenti l'usanza di Capuana e Nido, se non come un patto di rinunzia, dal quale deriva tutti i suoi effetti legali. Imperciocchè avendo egli scritto la decisione 552 dopo le solenni discettazioni di Fabio d'Anna, di Giannandrea de Giorgio e di Rovito, che fu da lui sopra tal materia consultato, prese l'occasione di stabilire e di ripetere le stesse massime sopra le quali aveva il Rovito allegato: in

(1) *Rovito Consil. 98 n. 19 e seg.*

(2) *Car. de Rosa, glossografia. n. 513*

a 516.

(3) *Controvers. 1 n. 40 e 58.*

bonis maternis nullo modo potest pater ab intestato succedere, quia secundum morem nobilium fuit contractum matrimonium, secundum quem pater, et mater pactione excludunt se a successione ab intestato . . . quando pater pactione se excludit, videtur exclusus, ac si esset mortuus ut dicit Napolitano etc. . . . hanc renunciationem operari quod renunciens habeatur pro mortuo, quia se excludit ex numero liberorum (1).

Il Consigliere Prato nelle sue discezzazioni: *non ex hoc, quod quis sit de plateis, excluditur a successione filiorum, subijciendo se dicto novo usui, nisi in specie se subiecit huic usui . . . Et in puncto, de quo quaerimus, non posse auctorem reperiri dicentem esse consuetudinem (2).*

Francesco Merlino Pignatelli attenendosi alla stessa ragione di Rovito, di Giorgio e di Molfesio disse che la nuova usanza di Capuana e Nido, era un patto, e non una consuetudine (3).

Il Consigliere Altimari nelle addizioni a' consigli di Rovito notò: *usum Capuani et Nidi non esse consuetudinem sed pactum; ideo non censeri secundum illud contractum, nisi expressum sit (4).*

Se le opinioni de' dottori debbono essere estimate pe' motivi sopra i quali si fondano, non è alcuna che possa essere contrapposta a quelle che abbiamo sin qua citate. In compendio la sentenza di Carlo de Rosa contiene tutto ciò che prima di

lui fu detto da Napodano, da Afflitto, e da tutti gli altri scrittori di più sano giudizio.

Se poi del merito d'una opinione si volesse giudicare dal numero di coloro che l'hanno sostenuta anche con questa misura (per altro propria più de' legulei che de' giureconsulti) la nostra vincerebbe la contraria. Del rimanenti per non lasciarci dietro alcuna difficoltà, riduciamo a due soli forensi di qualche nome il numero di quelli che hanno seguito la contraria sentenza. Questi sono Fabio d'Anna, ed il Reggente Capecelatro (5). Entrambi dissero che il patto di Capuana e Nido fosse una consuetudine, o sia uno statuto formato da gentiluomini di quelle curie, onde supplire al voto della consuetudine scritta. Cotesto assunto fu figlio dell'interesse delle cause, nelle quali volevasi dimostrare, che gli ascritti a quei seggi dovessero credersi soggetti per presunzione di diritto all'usanza della nuova maniera, comechè non l'avessero espresso, o sia non avessero rinunziato alla successione de' figli; assunto veramente strano e contrario a' più inviolabili principi del diritto. Ciò non pertanto si conceda qualche grado di probabilità a questa opinione, se fu ammessa da' tribunali che ne giudicarono. Imperciocchè le opinioni controverse possono essere riguardate come probabili insino a che le decisioni de' supremi magistrati non le abbiano rigettate. Queste e non quelle formano ciò che dicesi, *giurisprudenza ricevuta*.

(1) De Franchis decis. 352.
Rovito Consil. 98 n. 22.

(2) Prato discept. lib. 1 cap. 12, n. 62.

(3) Controv. 49 cent. 2 n. 1.

(4) Altimari al Cons. 2 di Rovito, n. 2, 3, 4. Al Cons. 98, n. 32 a 37, ed al Cons. IV lib. 2 n. 23.

Sono concordi nella medesima opinione Andrea Provenzale alla consuetud. Si quis vel si qua observ. 27 num. 12 e seg.

Staibano presso Molfesio P. II quaes. 24.

Gizzius alla decis. 35 di Capecelatro n. 28 e seg.

De Ponte Cons. 19 n. 39 40, e Consil. 61 n. 48, e 74.

Theodor. alleg. 1 n. 28.

(5) Fab. de Anna, Consil. 2 num. 4 e seg.

Consil. 92 n. 6 Vol. 2.
Capecelatro Decis. 35.

*Lo stesso argomento dimostrato per l'autorità
delle cose giudicate.*

Acciocchè si veggia se le cose giudicate abbiano lasciato ancora in sospeso alcuna delle quistioni, dalle quali dipende la definizione del patto, giova riassumere le proposizioni, che debbono essere dimostrate. L'usanza di Capuana e Nido è certamente un patto e non una consuetudine: se i gentiluomini di quelle piazze dovevano per necessità stipulare il patto della rinunzia: se tanto i *proceri* e *magnati*, quanto tutti gli altri contraenti erano liberi di scegliere una delle due forme: se questa facoltà non era ristretta a' soli beni siti nel distretto della consuetudine, ma anche agli altri ch'erano retti dal diritto comune.

1. Le tre enunciate quistioni furono solennemente decise nella causa della successione del principe di Conca, la quale forma il soggetto della decisione 35 del Reggente Capecelatro. Trattossi allora di capitoli matrimoniali fatti tra D. Sveva d' Avalos asserita al seggio di Nido, ed il principe di Conca magnate del regno, ma non ascritto ad alcuna delle due curie. In più luoghi degli stessi capitoli erasi per incidente mentovato, che le persone dei contraenti vivevano alla maniera de' proceri e magnati, ma nulla erasi detto della successione de' figliuoli che morissero senza discendenti *ab intestato*. Trattavasi dell'intera eredità allodiale del defunto alla quale aspiravano la madre da una parte, e l'avola paterna dall'altra. Volevasi escludere la madre, e per giugnere a questo fine acutamente si sostenne essere la rinunzia implicita, e l'usanza di Capuana e Nido essere una consuetudine e non un patto. In questa causa vennero a fronte le armi di Fabio d'Anna, e quelle di de Giorgio, di Rovito, di do Ponte, e di Molfesio (1). Il Reggente Capecelatro tenne le parti di Fabio d'Anna. L'apparato della difesa, la qualità delle persone e l'importanza dell'articolo e della causa indusse- ro il Collaterale ad ordinare che la causa

si trattasse a ruote giunte dal Sagro Consiglio. Il Capecelatro dolente riferisce la decisione del Sagro Consiglio la quale abbracciò tutti gli enunciati articoli:

Discussa hac causa, fuit junctis Regiis Consiliariis duarum aularum decisum ad favorem illustrissimae principissae D. Suevae de Avalos matris, confirmando decretum alias latum in una aula, et fuerunt etiam rejectae nullitates, et fuit habitum pro vero, matrimonium fuisse contractum more magnatum, tum ex qualitate personarum, tum etiam quia partes a principio sic vivere dixerunt, ex quo tota dispositio regulari debebat. Fuit etiam pro majori parte conclusum, consuetudinem Capuanae et Nidi non esse consuetudinem, sed in tantum observandam, quatenus in pactum deducatur, licet vel de praedictis videantur obstare ea quae supra firmata sunt ad probandum esse veram consuetudinem, et sic fuit dicta illustrissima principissa de Avalos immixsa in possessionem bonorum burgensatorum remansorum in haereditate principis Conchae ejus filii, ad relationem Regii Consiliarii D. Thomae de Carleval, causae praedictae Commissarii, penes Actorem Magistrum Carolum Sirinam (2).

2. Nella causa di Conca fu citata la decisione fatta dallo stesso Sagro Consiglio nell'altra causa del conte di Sanvalentino, della quale si parla ne' consigli di Rovito. La controversia era stata agitata tra il conte di Sanvalentino Carlo della Tolfa, e Vittoria Carafa contessa di Sanvalentino per la successione all'eredità di Giulio della Tolfa, di cui la contessa era avola paterna, ed il conte zio paterno. Pretendevasi parimenti dal patruo escludere l'avola, perchè ambo i genitori del defunto erano del soggio di Nido. Il Sagro Consiglio ordinò con una sentenza preparatoria che si presentassero i capitoli matrimoniali, da' quali avendo rilevato non essersi fatto parola del patto di Ca-

(1) V. sopra a pag. 125.

(2) Capecelatro decis. 35.

puana e Nido, ammise l'avola alla successione del nipote, dando così luogo alle disposizioni del diritto comune (1).

3. Lo stesso Scipione Rovito scrisse per la causa della successione all'eredità del piccolo principe di Sulmona morto in età pupillare, e sostenne le parti dell'avola materna, che la zia pretendeva escludere per la ragione che essendo ambo i genitori del defunto ascritti al seggio di Nido doveva presumersi avere eglino contrattato a termini della nuova usanza. Furono in quell'occasione ripetute le cose già dette nel consiglio di Fabio d'Anna, e furono esaminati tutti gli esempi de' precedenti giudicati. La difesa di Rovito fu tale che la marchesa di Santagata zia materna propose una transazione per la quale consentì che l'avola prendesse i beni ereditari del nipote, del valore di circa ducati quarantamila (2).

4. Nella causa testè citata Fabio d'Anna allegò per se una decisione tra D. Maria d'Avalos ed il marchese di Sanlucido, colla quale dicevasi avere il Sagro Consiglio data l'eredità della figliuola impubere all'avo escludendo la madre, appunto perchè ebbe per vero che i contraenti, come ascritti al seggio di Nido, fossero per diritto soggetti alla nuova consuetudine. Ma cotesta assertiva fu impugnata o redarguita di fallacia da Rovito, il quale si riferisce anche alla testimonianza del Presidente de Franchis, allora vivente. Dimostrò egli che il Sagro Consiglio decise, non già per ragioni ricavate dalla costumanza di Capuana e Nido, ma per un articolo di diritto comune. I beni erano pervenuti dall'avo stesso che domandava di succedere alla nipote, la quale era morta senza avere adito l'eredità del padre. E però fu giudicato non potere ella trasmettere alla ma-

dre la paterna eredità non adita, e dovere questa tornare all'avo vivente, da cui proveniva (3). Del rimanenti così questo esempio, come gli altri di sopra citati caddero in novello esame nella causa di D. Sveva d'Avalos, nella quale il Sagro Consiglio, *junctis audis* decise come d'un articolo generale. E però quella decisione rispose non solamente alle dimande delle parti, ma anche alle quistioni di diritto che eransi promosse anche per l'addietro intorno alla natura del patto. In somma la decisione 33 di Capeceatratò è stata da quel tempo in poi il testo che ha servito di norma a tutti i seguenti commentatori, e diremo il punto d'appoggio dei loro ragionamenti.

5. Nel medesimo senso ed in un punto di diritto assai maggiore del primo, decise il Sagro Consiglio nella causa di Maria Strina con Scipione ed altri di Valignano. Trattossi ivi di capitoli matrimoniali contratti secondo la costumanza di Capuana e Nido, ma ne quali non si rinunziò espressamente alla successione de' figliuoli. Per la qual cosa il Sagro Consiglio nel mese di maggio del 1638 a relazione del Consiglier Teodoro, non avendo nella specie trovato l'espresso patto della rinunzia, ammise la madre alla successione del figliuolo (4).

Una dunque è stata la sentenza de' nostri tribunali ne' hei tempi della loro gloria, e quella sarà comune ancora a chiunque proceda con severità di giudizi alla scoperta del vero; perocchè le discezzazioni de' forensi, l'interesse particolare delle cause, i falsi ragionamenti fondati sulle sole autorità degli altrui detti spariscono innanzi alla luce de' principi del diritto, ed alla ragione che sia matura in ehi im- prende a giudicare.

XVI.

Consequenze della dimostrazione.

L'usanza di Capuana e Nido non è se non un patto di rinunzia, proposto da Na-

podano, ed eseguito da gentiluomini di quelle enrie, per assicurare il ritorno del-

(1) *Rovito Consil.* 99 n. 11.

(2) *Rovito Consil.* 98, 99, 100 1. *Fol.*

(3) *V. Fabii Anna Consil.* 1 e 2.

Roviti Consil. 98 num. 23 et seq.

(4) *V. Montano Controv.* 1. n. 55.

le doti alla famiglia del dotante, e per impedire che i beni del marito non passassero agli eredi della moglie.

È un patto condizionale, il quale tiene in sospenso la traslazione del dominio insino alla verificazione o al mancamento della condizione.

La qualità ereditaria de' coningi rinuncianti o de' figliuoli morti prima dell'adempimento della condizione non può distruggere gli effetti del patto.

Non v'ha patto, dove non è rinuncia.

Vale come patto tanto tra gli uomini di Capuana e Nido, quanto tra gli estranei che a quello si sottopongono.

Vale tanto ne' beni siti nel distretto delle consuetudini scritte, quanto nel territorio del diritto comune.

Non è, e non può essere definito come una consuetudine, perchè dove si richie-

de il fatto dell' uomo, è insufficiente il fatto della legge.

Tal' è stata la costante giurisprudenza de' nostri tribunali, nè altra avrebbe potuto essere, dappoichè nel diritto non può presupporli effetto diverso dalla sua causa.

L'applicazione delle verità sin qua dimostrate al soggetto di cui ora ci occupiamo dipende ora dall'esaminare quale sia il cambiamento operato dalle nuove leggi a rispetto de' diritti acquistati per virtù de' patti successori rinunciativi.

Per procedere in questo nuovo cammino collo stesso rigore de' principi col quale è stata fatta l'analisi del patto, fa d'uopo che ci trasportiamo per poco nel territorio delle nuove leggi, e che dalla comparazione de' nostri e de' loro istituti ricaviamo la conseguenza di ciò che le stesse leggi hanno distrutto, e di quel che hanno conservato.

XVII.

Nozione generale de' patti successori francesi.

Oltre le cause che introdussero presso i diversi popoli di Europa i patti successori, il favore pe' maschi e pe' primogeniti (conseguenza immediata del diritto dei feudi) fu in Francia l'origine di molti patti dello stesso genere, in parte simili ed in parte da' nostri diversi (1). Di questi il principale era l'*istituzione contrattuale*, tra perchè fu di per se stessa una delle specie delle successioni convenzionali, e perchè sovente in se raccolse anche altri patti, *affermativi*, *negativi*, *acquisitivi*, *riservativi*, e così via discorrendo. Per essa disponevasi per atti tra vivi dell'eredità irrevocabilmente, sì che l'istituzione di erede, la quale scritta in un testamento sarebbe stata revocabile, fatta a questo modo, trasferiva nella persona istituita il diritto di prendere alla morte dell'istituente i beni che si sarebbero trovati nella sua eredità. Cotesta specie d'istituzione introdotta da prima per favore de' matrimoni, fu estesa anche ad altri contratti, ma

ciò non pertanto può dirsi che il suo principale uso fu sempre ne' contratti matrimoniali per assicurare un vantaggio irrettabile all'istituto o a' discendenti suoi (2).

Siccome le istituzioni contrattuali debbono essere riguardate come il mezzo per lo quale fu vantaggiata la sorte dei maschi, così le rinunce furono il mezzo per lo quale furono diminuiti i diritti delle donne. Di queste, alcune erano pronunziate dalla legge o dalle consuetudini, secondo le quali vivevasi ne' diversi paesi della Francia, altre nascevano da legittime convenzioni, altre erano irrevocabili, altre finalmente revocabili, perchè fatte da coloro che potevano essere richiamati alla successione (3).

Tra le condizioni alle quali erano soggetto le istituzioni contrattuali, le donazioni ed in generale ogni specie di liberalità era il ritorno de' beni al donante, o a' suoi eredi. Cotesto ritorno era determinato in alcuni casi dalla legge, in altri dalla con-

(1) *Esprit des lois* liv. 31 chap. 33.
(2) *Merlin Rep. Instit. contract.*
Grenier des donat. et test.
Discours hist. sect. V.

(3) *Merlin Renonciations.*
Chabot Renonciations.
Merlin Rappel a succession.

venzione; d'onde la distinzione tra *ritorno legale* e *convenzionale*. Il convenzionale era in sostanza una *clausola risolutiva*, o sia una condizione casuale quando e se i beni passar dovessero a persone non comprese nell'affezione del donante (1). Ora le condizioni più usitate tanto nelle istituzioni contrattuali, quanto in ogni altro atti di liberalità erano quelle che tendevano a conservare la natura e la qualità de' beni donati; e però il diritto di ritorno stipulavasi frequentemente in favor de' *lati*, e delle *linee* dalle quali erano provenuti. Cotesi beni compresi nella generica denominazione di *propri*, distinguevansi in beni di *lato e linea*, o di *semplice lato* o di *tronco comune*, o di *representazione all'infinito*.

Tutte le anzidette specie erano relative alle diverse consuetudini, giusta le quali regolavansi le successioni nelle diverse contrade della Francia. Per la prima di esse, o sia per le consuetudini di *lato e di linea*, aveva luogo la massima pa-

terna *paternis* (2), o sia lo stesso principio regolatore della successione per le consuetudini napolitane. Di fatti un articolo della consuetudine di Parigi stabiliva: « Quanto a' patrimoni *detti propri* e *gli succederanno* i parenti prossimi del *lato* e della *linea*, d'onde i beni sono pervenuti e spettati al defunto, ancorchè non sieno parenti prossimi del defunto ». Quindi in questi beni succedevansi al primo acquistatore, e non al defunto; quindi la prossimità del grado era vinta dalla linea, e tutte le altre conseguenze che (salve le particolari difformità degli statuti) abbiamo veduto tra noi praticare (3).

All'apparire della nuova legislazione erano molti in Francia i diritti futuri delle divise specie i quali nascevano o dalle leggi abrogate, o da istituzioni contrattuali, o da donazioni, o da semplici contratti di matrimoni; e di quelli alcuni erano puri, altri condizionali. Quali sono stati rispettati, e quali distrutti?

XVIII.

Esposizione storica delle leggi nuove.

Nelle leggi civili, pubblicate nel tempo delle fazioni e delle sanguinose discordie della Francia, è impresso il carattere della violenza e di quelle stesse passioni che campeggiarono nelle sue scene politiche. Molte delle anzidette leggi non meritano di figurare, se non istoricamente, nella scienza della legislazione. Ciò non pertanto gioverà pereorrrerle, tra perchè gli errori vanno naturalmente a canto alle loro emende, e perchè in mezzo alle violazioni di molti principi della giustizia naturale e civile, ve n'ha molti, che anche gli uomini più audaci hanno costantemente rispettato.

1. La legge de' 15 di marzo 1790 abolì i diritti di primogenitura, i privilegi dei beni, le preferenze de' maschi in tutte le successioni che si sarebbero aperte dal dì della sua pubblicazione.

2. Un decreto de' 14 di aprile 1791 confermò la medesima abolizione e pronunziò specialmente quella delle consuetudini, e degli statuti i quali escludevano le figliuole o i loro discendenti dal diritto di succedere insieme co' maschi o de' discendenti da maschi. Ciò non ostante nell'articolo quarto dello stesso decreto fu fatta la seguente eccezione: « le disposizioni dell'articolo primo (che sono quelle testè riferite) avranno effetto in tutte le successioni che si apriranno dopo la pubblicazione del presente decreto; senza pregiudizio delle istituzioni contrattuali e delle altre clausole che sono state legittimamente stipulate sia per contratto di matrimonio, sia per articoli di matrimonio ni ne' paesi ov'essi avevano forza di contratti, i quali saranno eseguiti in conformità delle leggi antiche ».

(1) *Grénier des donat. e test.* 1. P. Chap. I. Sect. 1. n. 26 e suiv.
Merlin art. Reversion.

(2) *Merlin art. Propre e art. Paterna paternis.*

(3) *Merlin. ibid.*

3. Una legge de'4 di gennaio 1793 rivocò molti articoli del precedente decreto, ma nulla toccò dell'articolo quarto.

4. La famosa legge de'7 di marzo 1793 tolse la fazione del testamento, e con essa la facoltà di disporre de' beni anche per atti tra vivi per atti gratuiti.

5. Un decreto di sedici articoli de' 5 brumaio relativo agli atti e contratti civili rendette *retroattive* le sue disposizioni insino a' 14 di luglio 1789. In diversi articoli furono prese di mira le istituzioni contrattuali, e i patti dotali specialmente in quanto offendessero il diritto de' discendenti per l'uguale successione all'eredità de' loro genitori. Ciò non pertanto nell'articolo secondo dello stesso decreto fu fatta la seguente eccezione: « I vantaggi e stipulati tra coniugi ancora esistenti, e sia per lo contratto di matrimonio, sia per atti posteriori, o che si trovassero e stabiliti in certi luoghi per consuetudine ai statuti ed usi, avranno pieno ed intero effetto ».

6. La legge precedente fu di cortissima vita, perciocchè fu rievocata da un'altra de' 17 nevosio dello stesso anno, che non fu più saggia di quella che annullò. Non solamente le donazioni, le istituzioni contrattuali, e tutte le disposizioni a causa di morte posteriori al giorno 14 di luglio 1789, ma le anteriori altresì, quando il donante o il testatore avesse veduto il giorno 14 di luglio, furono dichiarate nulle.

7. La mutabilità delle anzidette leggi, lo spaventevole arbitrio che le aveva dettate, e l'assurdo nel quale per esse cadevasi, misero quel governo nella necessità di pronunziare intorno a trentasei quistioni che gli furono presentate, come ad altrettanti conflitti tra la legge e la giustizia. Laonde con decreto de' 2 fruttidoro anno II. furono le anzidette quistioni risolte, e tra queste molte che riguardavano le istituzioni contrattuali, le donazioni, e in generale i diritti acquistati per contratti anteriori alla data de' 14 di luglio 1789. La mistura di equità e d'ingiustizia che regna ne' motivi di quel decreto offre una triste considerazione delle contraddizioni delle quali l'umano ingegno è capace. Imperciocchè de una parte si pone come massima che i contratti partoriscono diritti ed obbligazioni incommutabili dal

giorno in cui sono divenuti perfetti, e che convenga distinguere la perfezione di quelli dalla loro esecuzione; e dall'altra si fissa come data legale di tutti i contratti insino all'ora solennizzati quella de' 14 di luglio 1789.

Passiamo rapidamente sopra tali decisioni, perchè molte di esse furono rievocate da altre leggi immediate specialmente per ciò che riguardava le donazioni, le istituzioni contrattuali, e le rinunce fatte per cagion di matrimonio.

8. La legge de' 23 ventoso anno II. tolse la *retroattività* a quella de' 17 nevosio del medesimo anno per rispetto alle donazioni ed a' patti di ritorno stipulati insino alla pubblicazione della legge de' 5 brumaio.

9. Finalmente la legge de' 18 pluviore dell'anno V. ordinò, che i vantaggi, le parti precipue, le donazioni tra vivi, le istituzioni contrattuali, e tutte le altre disposizioni di loro natura irrevocabili, stipulate prima della legge de' 7 marzo 1793 (la quale le vietò) avrebbero sortito "effetto loro, in conformità delle antiche leggi, tanto nelle successioni aperte insi quel giorno", quanto nelle altre che si potrebbero per l'avvenire.

Da tutta l'esposta serie di errori e di pentimenti, apparisce manifesto, che non si scombisse mai la verità, che i contratti o puri o condizionali che fossero, e specialmente quelli fatti per cagione di matrimoni, partoriscono effetti irrevocabili; che quanto a' condizionali l'effetto è sospeso, e la sospensione dura insino all'adempimento o al difetto della condizione; si rileva inoltre che la *retroattività* data alle leggi del periodo rivoluzionario nacque da un errore volontario, quale fu appunto quello della data de' 14 di luglio 1789; si rileva in fine che il primo pentimento fu suggerito dal rimorso di avere violato i patti e i diritti in forza di quelli acquistati.

Ma avventurosamente per noi, le riferite leggi non lasciarono alcun vestigio di loro nel paese che le generò, nè sono state giammai comuni a noi, che abbiamo raccolto i frutti d'una scienza più matura, la quale corresse e fece sparire le tenebre del caos civile, che l'aveva preceduta.

Principi del codice civile intorno a' patti successori.

Il codice civile ha separato il passato dall'avvenire con una massima la quale dee servire di guida al criterio de' magistrati e de' giureconsulti semprechè gli effetti d'un contratto celebrato sotto le antiche leggi, debbono essere eseguiti sotto il regno delle nuove. *La legge*, ha detto, *non dispone che per l'avvenire; essa non può avere effetto retroattivo.* Di qua dunque cominciano le innovazioni fatte a rispetto della qualità de' beni, dell'ordine della successione, e de' patti successori.

Ed in prima essendo la qualità dei beni soggetti alle leggi civili, non è più considerata nelle successioni la natura o l'origine di quelli (1). Le successioni non sono materia di contratti; e però non si può ne' contratti di matrimonio rinunziare all'eredità d'un uomo vivente, nè alienare i diritti eventuali che si potrebbero alla successione di lui (2), nè si può

iniziare ad una successione non ancora ta, nè fare alcuna stipulazione intorno alla medesima, nemmeno col consenso colui della cui eredità si tratta (3).

Per la medesima ragione i beni, che nelle società universali, potranno i soci acquistare per successione, donazione o legato non possono fare parte di quelle se non per goderne l'usufrutto; e per conseguente ogni stipulazione che tendesse a rendere comune la proprietà de' beni, da acquistarsi per uno de' suddetti titoli, è vietata e quindi nulla (4). Similmente nei contratti di matrimonio non possono gli sposi fare alcuna donazione o rinunzia, di cui l'oggetto fosse l'immutare l'ordine legale della successione, sia per rapporto ad essi medesimi nella successione de' loro figliuoli o discendenti, sia per rapporto a' figliuoli tra loro, salvo però le donazioni tra vivi o per testamento, le quali possono aver luogo secondo le forme e ne' casi determinati dallo stesso codice civile (5).

E finalmente non è più permesso agli

sposi, dice il testo, di stipulare in un modo generico, che la loro società sia regolata da una delle consuetudini, leggi o statuti locali, che per l'addietro erano in vigore nelle diverse parti del territorio del regno, e che sono abrogate (6).

La sola facoltà concessa in grazia dei matrimoni, e quasi come un'eccezione della regola generale, è che i genitori, gli ascendenti, i collaterali, ed anche gli estranei, possano disporre, in favor degli sposi e de' loro figliuoli, del tutto o di parte de' beni che lasceranno in tempo della loro morte. Quindi a differenza delle altre donazioni, quella per cagion di matrimonio può comprendere anche i beni futuri in tutto, o in parte.

Così il codice civile ha temperato alla forma delle nuove leggi l'antica istituzione contrattuale, dopo avere vietato tutti gli altri patti della medesima natura (7). Tranne dunque la suddetta eccezione, le nuove leggi civili ci vietano i patti successori d'ogni specie, i patti di ritorno o riverzione convenzionale, ed ogni altro patto che tenda ad introdurre un ordine di successione diverso da quello che è stato dalle stesse leggi stabilito.

Ma sono però distrutti gli effetti de' contratti già perfetti prima della loro pubblicazione? O vero noi esenti dalla labe delle leggi che precodettero il codice civile saremo da quelle colpiti? O pure quei diritti che sono stati in Francia rispettati, saranno tra noi violati? Siccome il paragone tra il noto o l'ignoto, tra le cose dimostrate o le controverse, è uno de' migliori argomenti, onde pervenire alla scoperta del vero, così giova identificare i termini della nostra questione con quelli delle controversie già discusse o decise nel paese d'onde abbiamo tolto le leggi. Se queste ei sono comuni, conviene esserci dee pure l'arte e lo spirito d'interpretarle.

(1) *Art. 732 Cod. Franc. e 635 Cod. C.*

(2) *Art. 791. C. F., art. 708 C. C.*

(3) *Art. 1130 C. F. art. 1084 C. C.*

(4) *Art. 1837 C. F., art. 1709 C. C.*

(5) *Art. 1389 C. F., art. 1348 C. C.*

(6) *Art. 1390 C. F., art. 1344 C. C.*

(7) *Art. 1082 1083 e 1084 C. F. Art. 1038, 1039 e 1040 C. C.*

Identità del nostro patto con quelli de' Francesi.

Qual' è la somiglianza che il patto di Capuana e Nido ha co' patti successori francesi e a quale di quelli possiam riferirlo?

È un patto di rinunzia de' coniugi in favore de' congiunti di quel lato dal quale si troverà essere i beni pervenuti (1); o sia è una rinunzia *certorum bonorum*, che potranno ad incerte persone appartenere. È un patto condizionale a rispetto dell' incerto avvenimento al quale la rinunzia è subordinata (2). L' effetto della condizione, qualora mancasse, è che i beni de' figliuoli vadano a' congiunti del lato o del padre o della madre, ai quali è riservato il diritto di succedere secondo la prossimità del grado di parentela col rinunziente, come se non fossero mai stati nè matrimonio nè figliuoli. È dunque ne' termini de' patti francesi una rinunzia, col patto del *ritorno*, o *reversione* a' parenti del lato paterno; nel che la regola delle nostre consuetudini *paterna paternis* differisce dal senso che alla medesima regola davano le consuetudini della Francia. Colà per questi vocaboli intendevansi i congiunti *di lato e di linea* i quali succedevano al primo acquirente de' beni; laddove tra noi sono per gli stessi vocaboli designati i congiunti di *semplice lato*, i quali anche in l'ancia succedevano per la sola prossimità del grado al rinunziente (3). Cotesta differenza è una modificazione de' termini

della condizione, ma non muta la natura di quella; variano le persone in favor delle quali la riserva è stata fatta, ma identiche sono le specie sì del patto, che della condizione. Per la qual cosa l'autorità de' giureconsulti, e delle cose giudicate francesi sarà rigorosamente applicabile alla presente controversia, la quale si risolve nelle due seguenti quistioni:

Le rinunzie ad un diritto che compete-va al rinunziente nel tempo in cui la fece, sono state dalle nuove leggi annullate?

Le condizioni del ritorno de' beni stipulate ne' contratti di donazioni o di rinunzie, sono dalle nuove leggi riguardate con minor favore delle altre; o sia la condizione produce in questo caso un diritto sospeso dall' incerto avvenimento, ovvero una semplice speranza?

Nel cercare la soluzione delle due proposte quistioni gli argomenti possono essere utilmente ricavati anche da' casi simili, semprechè si è discepolo dell' applicazione de' medesimi principi.

Difatti le donazioni, le *istituzioni contrattuali*, ed in generale tutti gli altri diritti che derivano da' contratti stipulati prima della pubblicazione delle nuove leggi, sono altrettante specie del medesimo genere. Per la qual cosa quel che si è trovato vero per le une dee valere anche per le altre, tolta la differenza de' nomi i quali non bastano di per se soli a mutare la natura delle cose.

Giurisprudenza ricevuta intorno alle antiche rinunzie.

Nessun giureconsulto potrebbe certamente interpretare il dubbio senso d'una legge, o meglio dello stesso legislatore, specialmente quando siasi egli stesso trovato nel caso di applicare la sua propria legge. E però a tutte le opinioni de' giureconsulti francesi giova anteporre le disposizioni de' due decreti de' 4 di luglio e

de' 30 di settembre 1811 co' quali fu il codice francese dato a' dipartimenti delle bocche dell' Elba, del Weser, e dell' Ems superiore, ed a' dipartimenti dell' Illiria. Cogli articoli 149 e 150 del primo decreto si vollero fare salvi in generale tutti i diritti acquistati, ed in particolare quelli che nascevano da convenzioni matrimo-

(1) *V. sopra il n. XVII.*

(2) *V. sopra il n. II.*

(3) *V. sopra il n. XVII.*

niali, anteriori alla pubblicazione della nuova legge civile. L'articolo 149 fu così concepito :

« I diritti civili che nascono dalle leggi » ed usanze in vigore ne' dipartimenti dell' Elba, del Weser e dell' Ems superiore, del pari che quelli i quali nascono dagli atti e dalle convenzioni d'una data certa anteriore al tempo in cui sarà messo in esecuzione il codice civile, sono e restano assicurati alle parti, anche in ciò che contenesse di contrario alle disposizioni del detto codice, e quando anche il godimento di tali diritti non si aprisse se non dopo il tempo in cui è stato quello messo in esecuzione ».

E nell'articolo 150. « I diritti degli sposi maritati prima che il codice civile fosse messo in esecuzione, ancorchè lo scioglimento del matrimonio avvenga dopo dell'anzidetta epoca, saranno regolati giusta le disposizioni del loro contratto di matrimonio. Se non v'è contratto saranno regolati in conformità delle leggi, sotto l'impero delle quali il matrimonio sarà stato celebrato ». Il Sirey in una nota a questo decreto avverte : « Il lettore illuminato non mancherà di scorgere che siffatte disposizioni locali, sono capaci d'un effetto generale, come tratti di luce e di analogia, e come conseguenze del diritto comune (1) ». Similmente negli articoli 37 e 44 del secondo decreto fatto per l'Algeria si ripete la disposizione dell'articolo 149 poc'anzi riferito, e si aggiunge un'ordinazione anche più generica a rispetto degli atti d'ultima volontà : « Le sostituzioni della natura di quelle che sono vietate dal codice civile, cesseranno d'avere effetto dal primo di gennaio 1812. Ciò non ostante le sostituzioni fatte primachè il codice fosse stato messo in esecuzione saranno valide in favore del primo chiamato, nato innanzi alla suddetta epoca ». Il Sirey nota parimenti a questo decreto : « Il giureconsulto troverà in questo decreto, fatto per una lontana contrada numerose re-

» gole per la soluzione di difficoltà che » sono nella nostra legislazione e nella nostra giurisprudenza (2). Ora tanto i motivi de' citati decreti quanto le conseguenze generali che da quelle ricava l'egregio compilatore della giurisprudenza francese sono applicabili a noi che ricevemmo il codice civile, senza essere passati per quelle leggi intermedie, che conculcarono in Francia tutti i diritti della proprietà. E però cangiando le date de' 14 luglio 1789, de' 5 *brumaio*, de' 18 *pluvioso*, e sostituendo a quello la nostra data del 1 di gennaio 1809, è facile applicare a noi ciò che i giureconsulti francesi hanno detto di loro stessi.

Chabot de l'Allier, dopo avere distinto le rinunzie rinvocabili dalle irrevocabili, dice a rispetto di queste seconde.

» Non così per le rinunzie convenzionali che sono state fatte dalle figliuole » prima della legge de' 5 *brumaio* an. 11, » alle future successioni dirette o collaterali, ne' contratti di matrimonio dei » fratelli a beneficio de' quali esso hanno » rinunciato, ed in atti tra vivi stipulati » tra esse e i loro fratelli, ma sempre col » consenso di colui della cui successione » si tratta. Tali rinunzie debbono avere » l'effetto loro nelle successioni aperte » sotto l'impero del codice civile, come » irrevocabili convenzioni. Tali rinunzie » erano libere nelle rinunzianti le quali » potevano farle essendo maggiori, nè » v'era per esse luogo a *richiamo di successione*. Debbono esse essere regolate » colla legge ch'era in vigore nel tempo » in cui furono convenute (3). Del rimanente per non attenerci alla sola opinione degli espositori del diritto francese, la sana giurisprudenza nella materia delle antiche rinunzie fu stabilita con una decisione della Corte di Cassazione de' 19 di luglio 1809.

Ricordisi che colle due leggi de' 14 aprile 1791 e de' 18 *pluvioso* anno 5 furono distinte le rinunzie fatte dalle femmine per occasione di matrimonio ne' paesi detti di *exclusion* da quelle assolutamente libere e volontarie (4). Ora nella divisio-

(1) Sirey tom. I P. II pag. 337.

(2) Sirey T. XII P. II pag. 131.

(3) Chabot *questions transitoires sur*

le code v. *exclusions coutumières* §. 2 n. 2.

(4) V. sopra al num. XVIII.

ne dell'eredità d'un tal Vergy, morto ai 14 ottobre 1791 disputossi appunto dell'applicazione delle citate leggi. Due delle figliuole sue rinunzianti domandarono essere ammesse alla paterna successione non ostanto le rinunzie fatte. La corte di appello di Riom rigettò la dimanda delle figliuole perchè ebbe per vero che la consuetudine di Auvergne, nella cui giurisdizione le rinunzie erano state fatte, non contenesse una esclusione assoluta. Ma la corte di cassazione riprovò questo motivo, e si attenno ad un'altra ragione. Così il motivo riprovato, come quello accolto contengono i veri principi da' quali dipende la validità delle antiche rinunzie. « Considerando, ella disse, che il citato articolo della consuetudine d'Auvergne escludeva in termini formali dalla successione paterna la figliuola maritata dal padre, dotata o non dotata; che le leggi del 1791 e dell'anno V.^o non fanno distinzione tra le consuetudini d'esclusione assoluta, e quelle di esclusione modificata, e annullano in generale le rinunzie delle figliuole, le quali non contenevano se non l'espressione della volontà dello statuto locale; ed erano per conseguente sovrabbondanti (surrogatoires); attesochè Francesca e Susanna Vergy maritate e dotate dal loro genitore, sono state per questo fatto solo e in virtù della disposizione della consuetudine escluse dalla successione, seuzachè alcuna rinuncia fosse necessaria da parte loro; e che supponendo anche che la clausola contenuta ne' loro contratti di matrimonio potesse essere riguardata come una rinunzia, questa sarebbe stata *surrogatoire*, e del genere di quelle proscritte dalle leggi di sopra citate: d'onde segue che la decisione denunziata ha violato queste medesime leggi, rimuovendo la dimanda delle sorelle Vergy contra il fratello

primogenito per lo motivo che trattava di rinunzie puramente convenzionali, fatte sotto l'impero di una consuetudine d'esclusione non assoluta; considerando nondimeno che la decisione si vale di un altro motivo, desunto dalla circostanza, che Vergy primogenito era maritato nel tempo della pubblicazione della legge del 1791; che un tal motivo fa una giusta applicazione dell'eccezione scritta nell'art. 5 della legge del 1791, e conservata dall'art. 2.^o di quella dell'anno V.^o; che voto di queste leggi è stato il conservare alle persone maritate nell'epoca indicata, per ogni specie di beni ed in qualunque successione, non solamente il beneficio delle istituzioni contrattuali, ma anche i vantaggi e le speranze che derivavano dalle esclusioni consuetudinarie, le quali erano in vigore, e che questo motivo basta per giustificare la decisione: — Rigetta il primo mezzo (1).

Due sono i principi generali i quali ricavansi dalla riferita decisione. Uno è che le rinunzie mercè delle quali le femmine si sono spogliate di un diritto che la legge loro toglieva, debbono essere riguardate come atti superflui, i quali tanto valgono quanto vale oggi la legge abrogata. La converso proposizione dunque è inclusa per la medesima ragione che è esclusa la prima. Se le donne hanno rinunziato ad un diritto che la legge loro dava, la cessione è un contratto valido di cui gli effetti non sono caduti nella deroga della legge nuova.

Il secondo principio è che ogni vantaggio di qualunque natura sia, stipulato nei contratti matrimoniali, per qualunque specie di beni, ed in qualsivoglia successione, de' essere fatto salvo agli sposi ed ai loro successori, giusta la convenzione e le leggi del tempo in cui il matrimonio fu celebrato.

Lo stesso argomento dimostrato per la giurisprudenza napoletana.

I medesimi principi che determinarono la corte di cassazione francese a distinguere le rinunzie volontarie dalle altre fatte per esecuzione della legge furono tra noi accolti nella introduzione del codice civile, e non solamente hanno formato la norma de' giudicati de' nostri tribunali, ma sono stati confermati da un atto della potestà sovrana che è il vero ed unico fonte della pura interpretazione delle leggi.

La circolare del ministro della giustizia de' 25 settembre 1809 è fondata sopra due ragioni, la prima: *il diritto delle femmine a succedere è tutto nuovo. Dunque esse succedono per nuova causa non inclusa nelle rinunzie antiche, succedono per un beneficio che non è in niun modo pregiudicato dal contratto antecedente, in cui non fu nè estimato, nè preveduto.* La seconda è: *il divieto delle rinunzie riguarda il solo tempo posteriore alla legge. Non potrebbero le antiche rinunzie essere infermate per tal divieto, senza darsi alla legge nuova una retroazione che ripugna alla regola. Tutto quello che in altri paesi si è dimostrato sulla spiegazione di questa massima è straniero alla controversia presente. Lasciati dunque da banda il nuovo divieto delle rinunzie, le antiche non debbono cadere sotto la sua disposizione.* Da queste due proposizioni principali discende tutto il ragionamento di quella lettera ministeriale, che può essere ridotto a' quattro seguenti teoremi.

1.° Le donne erano dalle nostre patrie leggi escluse dalla legittima successione de' genitori, ed avevano solamente diritto ad una congrua dote. Ciò non pertanto, allorchè andavano a marito, rinunziavano in favor del padre a qualunque ragione potesse loro competere sopra la paterna eredità. La quantità della dote non era dalla legge determinata, ed era relativa alla qualità ed allo stato del patrimonio del dotante, sì che le convenzioni delle parti, o il giudizio del magistrato stabilivano la misura di quel diritto che le leggi avevano genericamente dichiarato.

Non si rinunziava alla successione de' genitori, perciocchè non poteva rinunziarsi ad una ragione che non si aveva, ma si prevenivano le liti circa la quantità della dote e del paraggio. Le rinunzie dunque erano transazioni sul più o meno di quello che potevano le donne pretendere per titolo di dote.

2.° La validità di coteste rinunzie poteva essere impugnata, o perchè le donnerinunziauti eran poste sotto la patria potestà, o perchè la paterna riverenza poteva loro strappare un consenso men libero, o finalmente perchè i figliuoli nati dal matrimonio potessero pretendere che il fatto della madre non arrecasse loro alcun pregiudizio. E però fu inventata una cautela per ovviare a tutti i dinotati pericoli.

3.° Le rinunzie fatte in favor del padre contenevano un patto di non domandare supplimento di dote ad un tempo futuro ch'era quello della morte di lui. Non contenevano rifiuto di eredità, dappoichè se fossero mancati i maschi, o se il padre avesse nel testamento istituito eredi le figliuole rinunzianti, la rinunzia non era loro di ostacolo. L'effetto dunque di tali patti, i quali presupponevano la legittima incapacità delle donne, dipendeva da una implicita condizione, che le cose sarebbero rimase nello stato in cui erano allorchè la dote fu loro costituita.

4.° L'intenzione de' contraenti de' essere sempre riferita a quei casi, i quali potevano cadere nel loro antivedimento. Ora nessuna delle rinunzianti giammai prevede che una novella legislazione venisse a mutare la loro condizione e lo stato de' diritti loro. Per la qual cosa se anche le rinunzie non avessero unicamente riguardato il supplimento del paraggio; e se l'incapacità delle donne non limitasse l'effetto di quelle, la sana critica e l'equità impedirebbono che le rinunzie si estendessero ad un caso non preveduto per la massima: *iniquum est perimi pacto id de quo cogitatum non est.*

Le anzidette massime fissarono la nostra giurisprudenza, la quale fu confer-

mata non solamente dalla famigerata decisione per lo sorelle Doria nella causa dell'eredità della loro madre, ma da altri innumerevoli giudicati.

Il real decreto de' 4 marzo 1817 diede a questa giurisprudenza il carattere d'una legge d'interpunzione, siccome il dimostrano i motivi che precedono la sovrana dichiarazione:

» I numerosi e continui richiami a noi
» pervenuti dopo il nostro felice ritorno
» in questi reali domini, sulla efficacia o
» inefficacia delle rinunzie stipulate dalle
» donne maritate prima della pubblica-
» zione del codice civile provvisoriamen-
» te in vigore, allo successioni de' loro a-
» scendenti aperte sotto l'impero del me-
» desimo, han richiamata la nostra so-
» vrana attenzione, e ci hanno quindi de-
» terminato a pubblicare una dichiara-
» zione, la quale ponendo un termine alla
» quistione insorta, facesse conoscere al-
» tresì il vero spirito o la vera applica-
» zione da farsi delle nuove leggi succes-
» sorie.

» Guidati da' principi inconcussi della
» giustizia universale, non meno che da
» quelli stabiliti nelle antiche e nuove leg-
» gi, noi abbiamo considerato, che per
» effetto degli editti successori che erano
» precedentemente in osservanza in que-
» sta parte de' nostri domini, le donne e-
» rano escluse dalla successione degli a-
» scendenti nel concorso de' maschi. Ab-
» biamo considerato inoltre che le succes-
» sioni debbono essere sempre regolate
» con quelle leggi che han vigore nell'e-
» poca in cui si deliberano.

» Art. 1. Le rinunzie delle femine ma-
» ritate prima del codice civile provviso-
» riamente in vigore, non hanno ricetu-

» to per tale avvenimento alterazione o
» cambiamento alcuno.

» 2. Esse non sono di ostacolo alle fe-
» mine per conseguire ciò che alle me-
» desime è dovuto sulla eredità de' geni-
» tori, a' termini delle leggi vigenti al tem-
» po dell'aperta successione.

Raccogliendo parimenti le proposizioni principali del real decreto, trovansi confermati i due principi, i quali hanno regolato la giurisprudenza sì de' nostri che degli esteri tribunali: le rinunzie sono valide, e non possono essere distrutte dalle nuove leggi: ma le rinunzie fatte dalle figliuole in favore de' loro genitori non contengono rifiuto della eredità di costoro.

Finalmente per una necessaria conseguenza delle verità di sopra stabilite i nostri tribunali, e specialmente la G. C. civile, allorchè si è trattato di applicare le stesso massime alle rinunzie de' collaterali, hanno distinto quelle fatte sotto l'imperio dell'antico diritto comune dalle altre relative a' boni siti nel distretto delle consuetudini napolitane. L'esclusione delle femmine nel concorso de' maschi pronunziata dalla costituzione in *aliquibus* nella sola successione degli ascendenti paterni, ed estesa per interpunzione anche a' materni, fu dallo consuetudini della città di Napoli ammessa anche nelle successioni de' collaterali, e però coteste rinunzie, fatte nel territorio delle leggi comuni comprendevano la cessione di un diritto, del quale le donne volontariamente si spogliavano; laddove fatte nel distretto di Napoli non erano se non della stessa natura di quelle delle figliuole, o sieno di quella specie che i francesi dicono *superflue*, o *surrogatoires*.

XXIII.

Differenze tra il patto di Capuana e Nido, e la rinunzia universale.

Sin qua si è la rinunzia esaminata nel senso il più generico, come se potessero andare del pari le rinunzie generali e le particolari, quelle fatte all'eredità d'una persona certa e le altre promesse per l'eredità d'incerte persone; o come se fosse lo stesso il rinunziare in favor del padre, sotto l'influenza dell'autorità e della ri-

verenza che gli è dovuta, ed il rinunziare liberamente in favor di estranei e per ricompensa di altri vantaggi che si stipulano, come per prezzo della rinunzia stessa. Tutte queste differenze sono in favore del patto di Capuana e Nido. Il marito e la moglie rinunziavano reciprocamente ad un diritto che dava loro la legge

comune, cioè alla successione de' figliuoli nel caso che morissero in età pupillare o in qualunque tempo senza discendenti *ab intestato*. La reciprocazione era nel patto come nell'utilità che i coniugi da quella ricavavano. Da una parte la donna assicurava il ritorno della dote alla famiglia d'onde era uscita; dall'altra il marito assicurava il ritorno de' beni a' suoi congiunti naturali nel caso che rimanesse fallita la speranza del matrimonio. Entrambi rinunziavano non all'eredità di una certa persona, ma a quella d'incerte creature, le quali non esistevano se non tra' possibili della natura; rinunziavano non alla intera loro eredità, ma a quella parte sola de' beni che sarebbe provenuta dalla parte del padre o della

madre. Per la qual cosa tolto di mezzo il carattere odioso che si è voluto dare alla rinunzia dell'eredità dell'uomo vivente, ed a' patti acquisitivi universali, la presente quistione versa circa una specie di contratti, la quale è stata risguardata come lecita ed utile dalle stesse leggi romane. Rettificando quindi non solo la definizione ma il vocabolo altresì, trattasi di vedere se un patto reciproco stipulato in un contratto di matrimonio, per comune utilità de' coniugi e delle loro famiglie, e come condizione del matrimonio stesso, possa essere infranto sotto il pretesto delle leggi nuove; o sia se possa scindersi il patto, separando la promessa dalla condizione.

XXIV.

Efficacia della rinunzia a rispetto de' congiunti de' due lati.

Attese le cose sin qua dette udiamo con grande nostra maraviglia circolare una sequenza di obbiezioni delle quali ognuna ci è sembrata meno vera dell'altra. E sebbene ci fossimo fatti più volte a considerarle con quella prevenzione d'animo, che ne dà il merito di coloro i quali le hanno opposte; pur tuttavia l'autorità non ha potuto vincere il nostro proprio giudizio. Ivi è detto: 1. che la rinunzia sia un patto personale de' genitori, 2. che i collaterali non ci sono altrimenti, se non perchè si presuppone che possano venire come eredi del coniuge rinunziante, 3. che però il patto non è per costoro operativo, anche perchè erano essi esclusi per virtù della consuetudine *si quis vel si qua*, 4. che se tal volta furono i collaterali esclusi per virtù del patto, debba ciò riferirsi a due casi soli, o quando, come eredi del coniuge rinunziante, avessero aspirato alla successione del figliuolo premorto in vita del medesimo; o quando, trattandosi di beni posti fuori del distretto, avessero preteso concorrere alla successione del figlio *ex propria persona*, mentrecchè viveva lo stesso coniuge rinunziante, nel che si ricorre all'autorità di Fabio di Anna, 5. che il patto di Capuana e Nido,

come un supplimento della consuetudine *si quis vel si qua* è stato dalle nuove leggi annullato, 6. che il patto non può secondo la mente de' contraenti aver compreso il caso straordinario ed impreveduto del cangiamento della legislazione, 7. che essendo la madre premorta al figliuolo non si è verificato il caso preveduto dal patto di Capuana e Nido, e quindi i collaterali materni vengono per proprio diritto alla successione del nipote, 8. che avendo la madre rinunciato per se, suoi eredi e successori, non sono i collaterali offesi da tal rinunzia, imperciocchè manca in loro la qualità ereditaria, 9. che in conferma di tutte queste presupposte verità parla la giurisprudenza del foro, la quale ha sempre ammesso i figliuoli della rinunziante, comechè fossero eredi della madre, alla successione de' congiunti materni.

Una è la proposizione la quale regge tutte le altre, e questa è che la reciproca rinunzia de' coniugi sia un patto personale. Ma con buona pace de' valentuomini che l'hanno detto, può definirsi come personale una rinunzia, nella quale, il coniuge rinunziante toglie se di mezzo, e consente che si abbia come se non avesse mai esistito? Nessuno potrebbe in que-

sta rinunzia ravvisare i caratteri del patto personale che insegnò Ulpiano (1), nè quelli che ha insegnato la dottrina del foro. Certamente nessuno in sino ad ora ha definito come personale il patto di Capuana e Nido.

A cominciare da Napodano che fu il primo a suggerire la cautela, egli volle che fosse un patto reale estintivo, per lo quale il padre e la madre togliessero se stessi di mezzo, e si avessero come morti: *de forma renunciationis pone quod tempore receptionis dotum vir renunciavit uxori per pactum seu stipulationem succedere filius communibus intestatis decedentibus sine prole legitima in dotibus maternis solum matrimonium per mortem uxoris, quo casu habetur exclusus, ac si esset mortuus* (2). Cotesta formula è di rinunzia reale e non personale.

La cautela di Napodano fu messa in pratica quale egli suggerito l'aveva. I coniugi rinunziarono all'eredità de' figliuoli, e nominatamente a qualunque diritto di porzione legittima. Questo è un secondo carattere delle rinunzie reali ed estintive, e non delle personali, dalle quali si presume sempre eccettuata la legittima (3).

Nello stesso patto non si rinunzia in favore di una certa persona, il che è un carattere proprio delle rinunzie personali, ma si rinunzia a certi beni che possano pervenire da uno de' due lati, e non in favore di una determinata persona, ma di molte ed incerte persone, a rispetto delle quali il rinunciante toglie se di mezzo dal numero de' congiunti ed anche de' viventi (4). E però conchiudo colle parole stesse degli scrittori di sopra riportati, essere impossibile il trovare in sostegno di tal sentenza un principio di diritto o un solo autore il quale abbia definito come patto personale l'usanza di Capuana e Nido.

Conseguenza della prima proposizione è l'altra che il patto non può essere operativo a rispetto de' collaterali, perchè non nominati nella rinunzia, se non per lo ca-

so in cui potessero venire come eredi del rinunciante. Ma cotesta considerazione è contraria non meno alla natura de' patti reali, che alla particolare iudole del patto di Capuana e Nido. Impereiocchè una massima del diritto dice: *in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam ejus, qui paciscebatur, interfuit* (5). Ora questa regola è applicabile a' congiunti de' due lati, a' quali il patto non tosse già un diritto che avevano, ma impedi loro di acquistarlo per una reciproca utilità. Difatti prima che il matrimonio si contragga non è certamente nato ancora il diritto de' congiunti; sì che costoro acquisteranno o non acquisteranno vantaggi secondochè il coniuge del loro lato lo contrarrà ad un modo più che ad un altro. Ora la rinunzia reciproca de' coniugi altro non fa se non limitare gli effetti della congiunzione, dichiarando incapaci i due lati di quel diritto che non hanno, e che non potrebbero acquistare se non per la volontà e per lo fatto de' due sposi. Potrebbe la legge vietare un patto di tal natura, siccome l'ha vietato il codice civile. Ma le leggi antiche il permettevano, o quindi non possono i congiunti impugnarlo, perchè nessun diritto proprio fu violato, allorchè il matrimonio fu contratto. Ora presupposta la validità del patto rivolgesi per poco la mente alla natura della condizione. Allorchè questa è tale, che senza di lei il matrimonio non sarebbe stato contratto, lo stesso grado di parentela che i congiunti invocano come titolo di successione, trovasi dalla condizione stessa limitato. In somma la cosa è, come se ciascuno de' due coniugi avesse detto a tutti i congiunti dell'opposto lato: consento ad aprire tra noi un nuovo parentado a condizione che se i miei beni non potranno restare ne' miei discendenti, ritornino a' miei congiunti naturali. Questa è la legge che in *ingresso matrimonii* dicronsi vicendevolmente il marito e la moglie, secondo l'espressioni

(1) *L. 7 D. de Pact.*

(2) *Napod. ad Consuet.* si quis vel si qua n. 115.

(3) *V. Ant. Fabro lib. 3 C. Tit. 19 Def. 1 n. 4.*

De Marin. Resol. lib. 2 cap. 45.

(4) *V. lo stesso Napod. al n. 119.*

Ant. Alessandro all' addizione V. ad verie.

Affitto deciz. 161.

Capece deciz. 190.

(5) *L. 21 §. ult. de pact.*

di Marciano: *possunt vir et uxor in ingressu matrimonii rebus suis legem dicere, quam velint, omniaque pacta in dotali contractu posita sint servanda* (1).

Siccome tutte le altre obiezioni sono altrettante derivazioni delle prime due, così, in vece di esaminare singolarmente il merito di ciascuna, giova meglio rilevare come esse sieno in aperta opposizione delle verità di sopra dimostrate. Imperciocchè se fosse vero che il caso della morte de' genitori prima de' figliuoli non fosse caduto nella mente de' rinuncianti, o che i collaterali erano naturalmente esclusi per la regola della consuetudine scritta, caderebbero tutti i seguenti termini:

1. Non sarebbe vero che la qualità ereditaria de' figliuoli non può turbare il corso e gli effetti del patto.

2. Neppur sarebbe vero che nel caso della morte de' figliuoli senza discendenti o *ab intestato* si succede non al figlio ma a quello de' coniugi dal cui lato provengono i beni.

3. Non sarebbero fondate sopra alcun principio di diritto le decisioni che tolsero di mezzo le persone de' figliuoli eredi, allorchè nelle mani di costoro trovavansi confuse la paterna e la materna eredità. La rievocabilità del dominio da costoro acqui-

stata fu derivata dalla natura del patto condizionale, e non poteva essere una conseguenza della consuetudine scritta.

4. Molto meno avrebbe potuto in tali casi decidersi, che la successione de' collaterali dovesse regularsi dalla prossimità del grado co' genitori rinuncianti, e non col figliuolo erede.

5. Neanche avrebbe potuto escludersi l'ascendente superante, il quale sarebbe stato il solo che avesse un diritto acquistato prima del matrimonio. Se il patto ha l'efficacia di escludere l'avo, dee per necessità escludere coloro i quali non sono divenuti congiunti se non per mezzo del matrimonio.

6. In fine se l'assunto da noi combattuto fosse vero, non potrebbe essere applicato a coloro che sottomettevansi al patto di Capuana e Nido anche pe' beni siti fuori del distretto della consuetudine scritta, mentrechè gli effetti dell'anzidetto patto erano gli stessi a rispetto di tutti coloro, a' quali piaceva scegliere questa, piuttosto che un'altra regola.

Ma altre ragioni di diritto, indipendenti dall'interpretazione del patto contribuiscono a dimostrare, che non era necessario il consenso o l'intervento de' collaterali nella reciproca rinuncia che da' coniugi si faceva all'eredità de' figliuoli.

XXV.

Infetta la radice primitiva, restano infetti tutti i diritti che da quella derivano.

È comune ed ovvia la regola che nessuno può ad altri trasmetterlo un diritto che non ha, nè più di quello che ha, e che colui il quale voglia rappresentare un diritto che sarebbe ad un terzo spettato debba soggiacere a tutte le conseguenze del fatto dell'autor suo: *Cum quis utitur adminiculo ex persona auctoris, uti debet cum sua causa suisque vitis* (2). Cotesto principio applicato alle successioni, sieno legali sieno convenzionali, produce le medesime conseguenze, salvo le differenze che passano tra gli effetti della legge e quelli della volontà. Nelle succe-

sioni legali la rappresentazione de' diritti d'un terzo si ottiene mercè del contratto ereditario; laddove nelle convenzionali il diritto è subordinato al fatto ed alla volontà che tiene luogo di legge. Possono, è vero le regole della successione legittima essere chiamate in sussidio della convenzionale; ma ciò interviene solamente quando può aver luogo la presunzione che in tutto quel che non è espresso, abbia voluto l'autor della volontà riferirsi al diritto comune. Lasciamo da banda l'analisi degli effetti della rappresentazione legale; omettiamo parimenti l'eccezione del-

(1) *Marcian. disput. 45 n. 7.*

(2) *L. Pomponius §. 1 de adq. vel amitt. possess.*

la successione mista, ed applichiamo l'anzidetto principio in primo luogo alle successioni convenzionali, o sia a' patti successori, ed in secondo luogo alla specie del patto di Capuana e Nido.

Si è nella materia delle rinunzie disputato, se il figliuolo della donna rinunziante possa o no concorrere alla successione dell'avo. Siccome non bisogna rimescere le quistioni di giurisprudenza già decise dal consenso di tutti i giureconsulti e dall'autorità di tutti i tribunali, così non farò che rammentare la sentenza ricevuta. Erano i nipoti ammessi alla successione dell'avo, tra perchè venivano *ex propria persona*, e perchè si ebbe per vero che il caso dell'anticipata morte della madre non fosse stato nella rinuncia antiveduto; quindi nacque la massima che i figliuoli *repraesentant gradum et non personam* (1). Ma se la rinunziante avesse ricevuto la dote in compenso della sua legittima porzione, ed avesse sopravvissuto al padre, il figliuolo avrebbe sempre trovato l'ostacolo della madre, ed una volta esclusa lei dalla successione, sarebbero stati per sempre esclusi coloro che da lei stessa avevano cansa (2). Una tal dottrina riguarda unicamente le rinunzie personali o traslative, le quali non si estendono da caso a caso; ma non può essere applicata alle rinunzie reali o estintive, le quali tolgono di mezzo il rinunziante, e lo fanno per finzione di diritto avere come morto.

Alla stessa specie delle rinunzie personali o traslative appartiene la cautela inventata dal nostro Roberto Maranta per ovviare al pericolo che i figliuoli, i quali sarebbero venuti *ex propria persona* impugnar potessero la rinuncia della madre (3). Tutto ciò è estraneo alla presente quistione, perciocchè presuppone non solamente la rinuncia traslativa, ma anche il diritto de' discendenti i quali possano venire per proprio diritto ad impugnare il fatto del rinunziante.

Premesse queste cose col solo fine di evitare la confusione delle idee e lo scam-

bio de' vocaboli, vediamo di qual ragione siensi serviti gli scrittori, ne' casi nei quali la rinuncia della madre era legalmente di ostacolo anche al figliuolo. Anneo Roberto chiarissimo giureconsulto di Orleans narra una decisione del parlamento di Parigi colla quale fu il nipote escluso dalla successione dell'avo, perchè eragli d'ostacolo la rinuncia della madre. Il motivo della decisione fu: *Itaque cum ipsa Metia, si viveret repelli deberet: quanta magis Sejus qui ex radice infecta procedens exclusam matrem in avita successione repraesentare vult. E nella conclusione del suo discorso: Exclusa autem matre, quis non esse iniquum judicaverit, filium qui ex infecta radice procedit, admitti ad avi successionem, cuius amittendae precium defuncta mater accepit* (4)?

Lo stesso principio fu da Tiraqueau applicato alle rinunzie nascenti dagli statuti, per virtù de' quali le femmine erano escluse dalla successione nel concorso de' maschi. Parlando de' discendenti della rinunziante dice: *Quod ex radice est, ejus naturam a quo procedit et ortum habet, sequatur necesse est: et ea amputata ramos decidere necesse est*, il quale concetto ripeté in diversi termini che hanno un medesimo significato: *In causato non potest esse plus virtutis, quam procedat ab influenti potentia causae: Successor non debet esse melioris conditionis quam auctor suus, a quo habuit causam: Sublatis mediis videntur sublata extrema* (5). E sebbene il citato autore stabilisca questa regola come generale anche per le rinunzie personali, ciò non ostante de' essere intesa rispettivamente alla diversa natura del caso. Imperciocchè anche quando trattisi di patti personali, se la rinuncia non esca da quel caso che è stato preveduto, l'anzidetta massima può essere alle une e alle altre applicata. Di fatti fermandosi egli alla regola e non deviando alle eccezioni conchiude: *Sed ut redeamus, est regula generalis quod quando una persona prohibetur succedere, prohibentur et descen-*

(1) *De Franchis Decis.* 67.
Fabro Lib. II Tit. III Def. 14.

(2) *Fabro l. cit. Def.* 13.

(3) *V. la disput. X di Maranta.*

(4) *Annaei Roberti rer. judicator. lib. II cap. V.*

(5) *De jure primigen. quest. 12 n. 5 c. seg.*

dentes ex ea, quique etiam non descendentes ea mediante attinent ad illum de cuius successione tractatur (1).

Alla stessa massima ricorre il cardinal do Luca, per spiegare come dall'esclusione immediata de rinuncianti, nasca la mediata de' successori, o di tutti gli altri i quali sono una derivazione del diritto di quelli. *Infecta primitiva*, egli dice, *infecta dicitur derivativa, et consequenter quod excludit foeminae proximioris suum trahat exclusionem ejus filiorum ac descendantium juxta magis communem ac probabilem opinionem (2).* Ed in altro luogo: *ubi excluditur causa, multo magis excludi debet causatum, ideoque infecta primitiva, infecta quoque remanere debet derivativa. Cum etenim nepotes avo, vel aviae conjungantur per medium eorum matris, utique habito illo medio pro impertinente, seu extraneo, nulla remanet conjunctio ex defectu extremorum. Et consequenter, prorsus improprium est, ut excluda remanere debeat filia primi gradus, si viveret, et inclusi remaneant re-*

motiores contra omnem juris scripti, ac naturalis rationem (3). Tutto lo riferite autorità dimostrano, che per una regola generale di diritto, le rinunzie escludono non solamente i rinuncianti, ma anche gli eredi, e tutti coloro che avrebbero bisogno delle persone di quelli per acquistare diritto alla successione de' più rimoti congiunti. Or se questa massima è vera anche ne' casi ne' quali gli eredi e i successori avrebbero lo stesso diritto, quando anche la rinunzia non fosse seguita, de' essere maggiormente applicata a' casi a' quali la congiunzione stessa è stata una condizione della rinunzia. Di questa specie è il patto di Capuana e Nido; imperciocchè il matrimonio non si sarebbe contratto, se non si fosse prima rinunciato alla successione de' figliuoli. Una tal operazione si è fatta togliendo di mezzo le persone lo quali avrebbero potuto comunicare un tal diritto a' rispettivi collaterali. Per costoro dunque, giusta l'espressioni del cardinal de Luca, *ex defectu extremorum nulla remanet conjunctio.*

XXVI.

Lo stesso argomento dimostrato per l'autorità de' nostri scrittori.

Dall'applicazione dell'esposto principio discendo l'opinione degli scrittori i quali hanno determinato il senso della scambievolmente rinuncia de' coniugi. Carlo de Rosa nella lodata *glossografia* deriva l'esclusione de' discendenti, degli ascendenti o dei collaterali non da altra ragione, che dalla rinunzia de' coniugi: *Contracto matrimonio secundum istum novum usum pater excluditur a successione filii non solum in dotibus, sed etiam in omnibus bonis maternis, ut diximus in apostilla marginali ad volumen consuetudinum Neapolitanarum, prout et mater excluditur a successione filii etiam a legitima in bonis paternis et de novo quaesitis; cum adsit renunciatio vicissim quas facit habere renunciantes pro mortuis judicatum tradit Praeses de Franchis Dec. 491 e-*

tiam si bona essent extra districtum; et quemadmodum hic usus excludit matrem, ita pariter excludit omnes descendentes ab ea forsitan secundo nubente, et etiam collaterales matris (4).

Nicola Vincenzo Scoppa ne' suoi scolii allo controversie di Merlino espone più ampiamente la medesima dottrina, e quella deriva non solamente dall'effetto, ma anche dallo scopo della rinunzia: *ratio enim*, egli dice, *originis et conservationis bonorum favore lineae a qua bona obtulerunt non magis quoad renunciantes ipsos quam quoad descendentes et ascendentes ipsorum consideratur, ideoque idem utroque casu evenit respondendum ut tradit Amatus cons. 26 n. 30, maxime cum idem usus non alicujus odio, vel tantum favore lineae et originis favo-*

(1) *Ibid.* n. 16.

(2) *De success. ab intest. Disc. VIII* n. 21.

(3) *De success. ab intest. Di. cc. XIV.*

(4) *Glossogr.* n. 518 a 521.

re ductus. Ex quo evenit, ut tota parentum exclusio confluat in personas ejus lineae in cuius favorem facta exclusio est. Nec ad rem fuit quod passim dicitur de renunciatione matris, quae nihil valet filius obesse, quia possunt ad avi successionem ex propria persona venire, nam hoc non pertinet ad casum in quo mulieris exclusio provenit a lege, statuto aut consuetudine, favore alterius lineae quae includitur: quum tunc tantum finis legis statuti aut consuetudinis consideretur, removendo descendentes illius qui ea ratione exclusus est, ut ex Bartoli sententia communiter recepta probat Theodorus in alleg. 1. n. 78, 79. Praeterea non una eademque ratio est mulierem excludi propter vitium suae personae, et eam excludi propter favorem alicujus lineae: priori enim casu muliere exclusa descendentes ab ea non censentur exclusi, quum illud matris vitium in descendentes cessat, nec ad eos transmittatur; posteriori casu, muliere exclusa, descendentes quoque ab ea dicuntur exclusi: quum adhuc illius lineae favor supersit, qui exclusionem operatur, nec fieri possit, quod eadem ratio quae mulierem excludit ipsius etiam descendentes excludat, dum ipsi tamquam remotiores facilius removenentur, ut idem Theodorus notat ibi num. 77; quare supremus etiam noster Sac. Cons. Senatus, propter consentientes eorum fere omnium ac parte sententias, idipsum passim solet amplecti ut precipue habetur ex decisio in causa Fardellae de Monteforte cum Joanello de Cuncto, ubi avia quae nuptias contraxit juxta unam hunc Capuanae et Nidi fuit per eundem senatum a nepotis successionem exclusa, ut Capycius refert ad consuet. si quis, vel si qua in addit. incip. in hac glos. ex quo notat R. de Ponte Cons. 61 n. 73 l. 1, et post eum Anna d. Cons. 26 n. 32, adjiciens sic quoque pronunciatum in causa Fabii de Gaita ex attestatis per Ann. d. cons. 92 n. 60, qui n. 21 loquens in descendentes ait omnes tenere quod descendentes ex foemina excludantur ab eo gradu et jure quo foeminae excluduntur, quod plurimis exemplis ac doctorum auctoritatibus roborat, etiam matre mor-

tua, et n. 30 citra dubium obtinere inquit quum per medium personae exclusae conjunguntur; quia uno excluso, remoti censentur omnes qui defuncto, per medium ejusdem personae exclusae conjuncti dicuntur ut auctoritate Bartoli, ad l. 2 § videndum n. 1 d. ad Sen. Cons. Tertull. inquit Paulus de Castro ad legem illam n. 8 Cod. de collat., ac determinatum fuit in celebri causa successionis D. Mutii Pignatelli jun. ubi filii Marchionis Montusfortis ejus fratris uterini, pro quibus scripsit Joannes Andreas de Giorgio alleg. 23 fuerunt exclusi (juxta patrociniū quod ad illorum exclusionem praestitit Fabius de Anna dict. cons. 92 n. 118, 119) et ad illis hereditatem fuerunt admissi D. Aseanius et D. Blasius Pignatelli ambo patruj dicti Domini Mutii, quorum jura tutatus fuit Alexander 35 cons. 24 l. 1, nec non Theodorus d. alleg. 1, quorum ipsi referunt et memorat Amatus cit. cons. 26 n. 33.

Finalmente il nostro Sorge dà l'istessa dottrina come divulgata nel Foro, ricavandola principalmente dalla esposizione fattane nel cons. 92 di Fabio d'Anna: Quae conclusio, quod exclusa matre excludantur omnes ab ea descendentes, confirmatur alia ratione, quandoquidem, infecta primitiva, inficitur etiam derivativa leg. si viva matre cod. de bonis maternis, And. in cap. 1 in addit. ante n. 18 de natur. success. feud. Nam favor in ejus beneficium cui fuit facta renunciatio, dicitur durare, etiam ipsa mortua, Brunus de statuto excludente foeminas in 6 art. n. 89 aliique penes Anna cons. 92 n. 19. Amatus cons. 26 n. 33. Nam quando personae quae non est expressa a statuto conjungitur defuncto per medium personae exclusae ut auctoritate Bart. in l. 2 §. videndum n. 1 D. ad Ter. docet Castrensis in lege illa n. 8 cod. de collat., ubi dat exemplum in avia materna a statuto exclusa etiam fratres vel sorores ex latere matris qui non sunt expressi a statuto, sed per eam defuncto conjunguntur: et ex nonnullis aliis idipsum docet Fabius de Anna cons. 92 n. 31, 32 (1).

Riducendo tutte le allegato autorità ai principi da'quali discendono, una è la ra-

(1) Sorge Jurisprud. For. tom. 6 cap. XIV. n. 18.

gione che regge questa del pari che tutte le parti del presente discorso, la natura cioè del patto. La rinunzia reale ed *estintiva* toglie di mezzo le persone de'rinunzianti per modo che nè elle nè gli altri, che da loro hanno causa possano comparire o tra' congiunti o tra' successori degli

estinti. Una tale estinzione (nella specie presente) non ha pregiudicato ad alcuno de' loro diritti, dappoichè prima è nato il patto, e poi la congiunzione. Se ciò vale per lo patto, vale altresì per tutte le condizioni che l'accompagnano.

XXVII.

La legge nuova non ha distrutto gli antichi patti di riverzione.

Convien ricordare, che la condizione del ritorno de' beni fu stipulato a pro dei rinunzianti, o de' loro successori, o sia a favore d'una stessa persona legale, dappoichè non vi ha differenza tra il rappresentante ed il rappresentato. Ora in proposito della condizione di questa specie Chabot de l'Allier discettò se dovesse o no riputarsi abolita per la pubblicazione delle nuove leggi. « Abbiamo già molte volte stabilito, e specialmente all'art. *contrats* che tutte le stipulazioni debbono essere costantemente regolate dalla legge che era in vigore nel tempo in cui furono sottoscritte, sebbene il diritto non si apra nè si esegua se non sotto l'impero di una legge nuova; abbiamo inoltre stabilito che questo principio si applica ancora alle convenzioni condizionali sebbene la condizione si verifichi sotto un'altra legge; dappoichè la condizione quando si verifica ha sempre un effetto retroattivo al giorno della convenzione, ed ancorchè sia di natura risolutoria, la sua verificazione opera la revoca della convenzione, e rimette la cosa nel medesimo stato in cui erano come se non fosse mai stata la convenzione. Ora se il ritorno convenzionale si fosse stabilito con una stipulazione espressa, sarebbe questa una condizione della donazione, o una condizione risolutoria, giacchè verificandosi si il caso farebbe tornare nelle mani del donante i beni, che questo aveva donato, franchi e liberi da tutti i debiti ed ipoteche contratti dal donatario, e non ostante qualunque alienazione che lo

stesso avrebbe potuto fare. Non si può dunque contrastare che il ritorno stipulato sotto l'impero di una legge antica debba essere costantemente regolato dalla medesima legge e non dalla nuova che si trova in vigore al momento in cui si verifica il caso che dà luogo al ritorno. In fatti allorchè il donante stipulò che i beni a se tornassero dopo la morte del donatario senza distinguere se questi lasciasse o no discendenti, il ritorno dee ancora aver luogo secondo l'antica giurisprudenza, sebbene il donatario morto sotto l'impero del codice civile avesse lasciato discendenti, e non ostante che il ritorno non avrebbe avuto luogo in questo caso se la stipulazione si fosse fatta ne' medesimi termini sotto l'impero del codice stesso (1).

Lo stesso Chabot in altro luogo: « dirà alcuno che il ritorno legale insino al momento in cui si è verificato non è stato che una semplice *speranza o aspettativa* la quale non vi era ancora, d'una maniera certa, e che essendosi verificato sotto l'impero del codice civile debba essere regolato per le disposizioni del codice stesso. Abbiamo già risposto a simili obiezioni agli art. *Contrats*, *Donation* §. 3, *Douaires* §. 2, *Réductions* §. 2. Abbiamo parimenti dimostrato che in generale un diritto irrevocabilmente acquistato non è eventuale se non perchè è sottoposto ad una condizione, la quale può o no verificarsi; e per conseguenza dee sempre esser regolato dalla legge che vi era nel tempo in cui il diritto fu stabilito,

(1) *Chabot de l'Allier questions transitoires sur le code civil relatives à son autorité sur les actes, et les droits anté-*

rieurs à la promulgation. V. Droits matrimoniaux tom. 1 pag. 391.

» senza attendersi al tempo in cui la con-
» dizione si verifica, giacchè la verifica-
» zione ha un effetto retroattivo al mo-
» mento del contratto (1) ».

Ed in terzo luogo, omettendo tutti gli
altri, lo stesso autore: agli articoli *communauté conjugale* § 1, *douxaires et autres gains de survie* §. 2 3: « abbiamo di-
» mostrato che tutti i diritti matrimoniali
» anche quelli deferiti a titolo di succes-
» sione, debbono essere regolati dalla
» legge che era in vigore nel tempo del
» matrimonio. Sarebbe inutile ripetere qui
» i motivi sopra i quali questa sentenza è
» fondata, e ci restringiamo soltanto ad
» una decisione che ha giudicato della
» controversia (2) I motivi della
» decisione sono evidentemente applica-
» bili a tutti gli altri casi ne' quali la leg-
» ge che era in vigore nel tempo del ma-
» trimonio distingueva diverse nature di
» beni. Bisogna sempre seguire questa di-
» stinzione per regolare i diritti delle con-

» venzioni matrimoniali, anche in una
» successione aperta sotto l'impero del co-
» dice civile. Questi diritti debbono esse-
» re sempre regolati in conformità della
» legge esistente nel tempo del matrimo-
» nio, altrimenti la volontà de' coniugi
» non sarebbe più eseguita e i diritti irre-
» vocabili attribuiti dalla legge antica sa-
» rebbero o distrutti o cambiati dalla leg-
» ge nuova (3) ».

L'autorità di Chabot non è una sempli-
ce opinione, ma è la conseguenza dello
leggi de' 17 nevoso e de' 23 ventoso del-
l'anno II, le quali espressamente fecero
salve le stipulazioni di diritti di ritorno.
Del rimanente il miglior commento di quel-
la sono le decisioni de' tribunali francesi,
i quali formano una giurisprudenza rice-
vuta, la quale ha dissipato i falsi razioci-
ni pe' quali si è da taluni scambiato il pat-
to di ritorno convenzionale colle sostituzi-
oni vietate.

XXVIII.

In Francia la riverione a pro de' congiunti non si è scambiata col fedecommesso.

Non è mancato chi per soverchio amo-
re delle leggi nuove abbia voluto qualifi-
care i patti di ritorno stipulati in favore
del donante, e degli eredi o successori
suoi come una sostituzione fedecommes-
saria. Gli argomenti di una tale opinione
sono stati ricavati dall'articolo 951 del co-
dice civile francese, il quale vieta la sti-
pulazione di tal patto in favore di altri
fuorchè del solo donante. Ma è manifesta
la petizione del principio alla quale si ri-
corre, dappoichè la quistione è, se l'artico-
lo 951 possa o no avere forza retroattiva.
E tanto è citare in questa materia la di-
sposizione della legge nuova, quanto sa-
rebbe il citarla nelle quistioni delle rinun-
zie, e di ogni altro patto successorio, per-
messo nel tempo in cui fu contratto, e
vietato in quello in cui si è verificato. A-
dunque la presente quistione de' essere

trattata con diverso ordine, e prima con-
viene definire se nel patto di riverione si
trovino i caratteri della sostituzione fede-
commessaria, per poi decidere se l'uno sia
stato compreso nell'abolizione dell' altro.

Ora partendo dal principio che una so-
stituzione per diri fedecommissaria dee
contenere oumulatamente il gravame di
conservare e di restituire, non vediamo
come possa questo doppio gravame rav-
visarsi in una disposizione condizionale,
della quale una è la persona che dee rac-
correre il frutto. Per diri tale converrebbe
che il donatario, o colui in favor del quale
fu fatta la rinunzia fossero stati gravati di
conservare i beni donati a terze persone,
o anche ad un doppio grado di successori.
In questo caso il carattere di sostituzione
sarebbe manifesto, non per difetto del pat-
to ma del secondo grado di successori che

(1) *Chabot de l'Allier Tom. II pag.*
342 *V. retour ou réversion.*

(2) Questa decisione è riportata nella

serie delle cose giudicate.

(3) *Chabot de l'Allier Tom. I. pag.*
391 *V. Droits matrimoniaux.*

il donante avesse voluto a se creare. Fuori di tal caso il donatario non ha obbligo alcuno di conservare, ma acquista per se e per gli eredi suoi la proprietà delle cose donate. Molto meno ha obbligo di restituire, perchè se la condizione manchi, la proprietà diviene irrevocabile. Il caso dunque della restituzione non è l'effetto di un gravame sovrapposto alla donazione, ma è la conseguenza dell'adempimento della condizione. Da questa analisi risulta che l'errore è ne' vocaboli, e dal perchè la proprietà può essere rievocata, si è conchiuso che ogni proprietà rievocabile costituisca un fedecommesso.

A questo modo ragiona Chabot nell'esame della medesima quistione. « Ma perchè vi fosse in tale stipulazione anche sostituzione fedecommissaria, bisognerebbe che il donatario e i suoi discendenti fossero stati gravati di conservare e rendere a terze persone che fossero stati donatari: or questo carattere della sostituzione non trovasi ne' due casi di cui si tratta. La sostituzione fedecommissaria conteneva due donazioni distinte, una in favore del gravato, l'altra in favore del sostituto: questa era una disposizione mercè la quale gratificando qualcuno, si gravava la persona gratificata di rendere qualche cosa donata ad un terzo che veniva gratificato in secondo ordine. Ma in una disposizione fatta col peso della riversione in favore de' donatari e suoi eredi, non si può dire, che vi fossero due donazioni, una in favore del donatario e suoi discendenti, l'altra in favore degli eredi del donante. Non si possono considerare questi eredi, come terze persone, a profitto delle quali vi fosse fedecommesso: non erano persone che il donante avesse voluto gratificare, designandole per donatari definitivi; nè raccoglievano tali beni come donatari, ma come rappresentanti il donante, che aveva stipulato il ritorno, come persone che occupavano il suo luogo, come non formanti con lui che una sola e medesima persona, come suoi eredi ».

« Niuna donazione diretta era loro stata personalmente convenuta; eglino non venivano, che in virtù della condizione di riversione, imposta alla donazione fat-

ta al gravame. Neppure erano essi sostituiti al donatario, nè a' suoi discendenti, ma al donante stesso, come esercenti in sua vece il diritto di ritorno ».

« Non a titolo di donazione dunque, ma a titolo successorio erano gli eredi chiamati a ripigliare i beni dopo la morte del donante; e quel che invincibilmente dimostra non essere gli eredi ammessi al diritto di ritorno colla qualità di donatari, è che potevano eglino esercitare un tal diritto anche quando non fosse stato espressamente stipulato in lor favore. Imperciocchè questa stipulazione sarebbe stata assolutamente necessaria per conferire loro il dono, se non avessero potuto ripigliarlo che colla qualità di donatari e non colla semplice qualità di eredi. Perciò non si confondeva nell'antica giurisprudenza il ritorno convenzionale colla sostituzione fedecommissaria, anzi queste due stipulazioni differivano essenzialmente ne' loro effetti ».

« Per la medesima ragione sebbene tutte le sostituzioni fossero state abolite dalla legge de' 25 ottobre e de' 14 novembre 1792, e sebbene la legge de' 17 nevoso an. II avesse severamente serbata una tale abolizione, pure dall' articolo 5 del decreto de' 23 ventoso an. II, vedesi che nulla fu innovato dalla legge de' 17 nevoso per rispetto alle donazioni antecedenti alla legge de' 5 brumajo an. II. Il agli effetti del ritorno legale ne' paesi, e per lo caso in cui questo diritto aveva luogo. Rilevasi inoltre dall' articolo 74 della legge de' 17 nevoso an. II, che la facoltà del ritorno convenzionale fu indefinitamente conservata pei beni donati dagli ascendenti a discendenti anche per l'avvenire senza alcuna restrizione, senza eccezioni e senza sostituire nuove regole a quelle già stabilite dalle consuetudini, e dalla giurisprudenza antica. Or è evidente che le citate disposizioni delle leggi de' 17 nevoso e de' 23 ventoso sul ritorno legale e sul ritorno convenzionale non sarebbero state sì generali, che il legislatore avesse considerato il ritorno o convenzionale o legale, come una sostituzione fedecommissaria (1) ».

Daniels sostituto al procurator gene-

(1) Chabot, *quest. transit. V. retour ou reversion* §. 8.

rale della corte di Cassazione francese in una delle decisioni, che qui appresso esamineremo, restrinse in brevi detti tutta la lunga analisi di Chabot; « Il diritto di ritorno, egli disse, non può essere assimilato a una vera sostituzione, quando il donante esercita egli stesso un tal diritto. Adunque neppure è sostituzione, quando è esercitato da' suoi eredi, che non rappresentano con lui se non la medesima persona (1) ».

Non si può negare non pertanto, che il chiarissimo Merlin abbia veduto in questa controversia una dubbietà, della quale non ha saputo egli stesso addurre una ragione sufficiente. Imperciocchè tra le ragioni del dubitare per la sostituzione osserva che la chiamata degli eredi o discendenti, nel caso che il donatario morisse senza discendenti, sarebbe a rispetto di quelli un secondo grado di liberalità, e quindi una sostituzione fedecommissa-

ria (2). Rispondendo scolasticamente ad una tale obbiezione, so il donante ha stipulato il ritorno a se, ed agli eredi suoi insieme, per modo che questi si trovassero dispositivamente chiamati, *concedo*; ma se lo abbia stipulato per se o pe' suoi eredi, nel caso ch'egli premorisse all'adempimento della condizione, *nego*. In questo caso premorendo il donante trasmette ai suoi eredi il diritto di riverzione sospeso dalla condizione, o sia come disse Giustiniano, *ipsam spem in haeredem transmittimus*.

Del rimanenti siccome Merlin dopo avere esposto il motivo del dubbio, ed osservato in contrario che leggi dell'anno II avevano distinto il ritorno dalla sostituzione, cedette all'autorità della corte di Cassazione; così deesi ne' giudicati della corte medesima leggere la sua ultima opinione.

XXIX.

Lo stesso argomento dimostrato per l'autorità de' giudicati francesi.

La prima volta che la corte di Cassazione francese pronunziò intorno alla questione se un diritto di ritorno convenzionale potesse scambiarsi con una sostituzione fu in una specie di fatto, la quale metteva capo nel secolo decimosettimo. Nel 1694 Orsola di Saint-Martin fu maritata ad un signor Lalanne. I genitori le costituirono una dote di 18000 lire colla condizione, che in caso di scioglimento di matrimonio senza figliuoli, o in caso che si estinguesse la sua legittima discendenza, la dote tornar dovesse a' genitori che l'avevano costituita, o al loro figliuolo, e agli eredi suoi. Una tal condizione era conforme alla consuetudine di Navarra, giusta la quale la dote era soggetta ad un ritorno perpetuo in favore de' discendenti maschi del dotante. Rosalia Lalanne ultima discendente di quel matrimonio morì nel 1793, (cioè dopo le leggi de' 25 di ottobre e de' 14 di novembre 1792, che abolito avevano le sostituzioni), e lasciò

di se erede il sig. Larregoyen. Da un'altra parte discendente de signori di Saint-Martin dotanti era la signora di Navaille. Costei citò in giudizio Larregoyen per la restituzione della dote in forza del patto di riverzione stipulato nelle tavole nuziali del 1694. La questione fu enunziata nei suoi giusti termini: « L'obbligo imposto a Rosalia Lalanne di conservare e restituire le 18000 lire dovevasi dire diritto di sostituzione, o diritto di ritorno? »

Così il tribunal civile, come la corte di appello di Pau lo definirono per un diritto di ritorno, e condannarono l'erede Larregoyen alla restituzione della dote. La corte di Cassazione con decisione degli 11 frimaio anno XIV confermò la decisione della Corte di Pau per le seguenti considerazioni:

« Attesochè le leggi de' 17 nevoso anno II (art. 74) e de' 23 ventoso dello stesso anno (art. 4) hanno conservato gli effetti delle stipulazioni di ritorno e quelli

(1) *Merlin, art. Dot. §. 17.*

(2) *Substitut. fideicommiss. Sect. VIII n. 10.*

del ritorno legale, ne' paesi e pe' casi nei quali un tal diritto reggeva, a rispetto delle donazioni antecedenti a' 5 brumaio anno II; attesoche per effetto di queste leggi, e delle differenze che distinguono i diritti di reversione convenzionali e legali dalle sostituzioni, non si può applicare a' diritti di ritorno l'abolizione pronunciata dalle leggi de' 25 di ottobre e de' 14 di novembre 1792; rigetta il ricorso (1).

La stessa controversia per la seconda volta presentossi alla corte di Cassazione nella causa Guinharte e Bordenave, e per virtù d'un contratto matrimoniale de' 27 di febbrajo 1672 Maria Bordenave, essendo stata maritata a Pietro Sarrahere, ricevette dal padre la dote di lire 9000 colla medesima condizione del ritorno in favor de' discendenti del donante, quandoche si estinguesse la linea da lei discendente. Lo sposo ipotecò i suoi beni futuri per sicurezza della condizione. Da cotesto matrimonio nacque un'unica figliuola Sara Sarrahere, di cui ultimo discendente fu Giambattista Porsè, il quale morì senza figliuoli nel 1793 dopo avere istituito erede Guinharte. Credette un Bordenave discendente della dotante essere seguito il caso della reversione stipulato nel contratto del 1672, il perchè ne istituì l'azione contra Guinharte. La medesima quistione se il patto di ritorno contenesse sostituzione, fu agitata innanzi al tribunale civile ed alla corte di appello. Entrambi i tribunali condannarono Guinharte alla restituzione della dote. La corte di Cassazione sul ricorso dell'erede decise al modo stesso che aveva fatto per Larregoyen; « Attesoche per le leggi de' 17 nevoso e de' 23 ventoso an. II, le quali hanno conservato gli effetti delle stipulazioni di ritorno legale e convenzionale, ed atteso le differenze che passano tra i diritti di reversione convenzionali o legali e le sostituzioni, non si può applicare al diritto di ritorno l'abolizione pronunziata dalle leggi de' 25 di ottobre e de' 14 di novembre 1792. Per questo motivo la Corte rigetta il ricorso (2) ».

Sono queste le due decisioni, all'autorità delle quali cedette Merlin, che le allegò come prove della giurisprudenza ricevuta intorno agli effetti degli antichi patti di ritorno. E per verità una tal dottrina è stata sì generalmente ricevuta, che fu riconosciuta anche dal governo francese nella controversia nate per l'occasione del registro. Fu quivi proposto il dubbio, se il ritorno de' beni avvenuto o per antichi patti, o per le stipulazioni permesse dal codice civile, dovesse aversi come passaggio o mutazione di proprietà. Con una decisione del Ministro delle Finanze fu dichiarato essere il ritorno una conseguenza del patto ed un effetto di quell'atto medesimo, per lo quale i beni erano rinvocabilmente usciti dal patrimonio del donante (3).

Gli esempi del diritto e della giurisprudenza francese prestano la materia d'una lunga argomentazione dal più al meno.

In Francia i patti di ritorno furono rispettati da quelle stesse leggi retroattive le quali distrussero gli effetti delle donazioni e i testamenti. Tra noi si vorrebbe dare al codice civile un'interpretazione ed un effetto più duro di quello delle anzidette leggi.

Colà fu fatto salvo anche il ritorno legale, che in somma non è se non una speranza data da una legge abrogata, quando una tale speranza avesse formato una condizione implicita del matrimonio. Qua si disputa, se debba o no rispettarsi il ritorno convenzionale.

Quivi gli effetti del patto di ritorno si sono ammessi dopo cento cinquant'anni dal dì delle stipulazioni, e tra remoti eredi e discendenti. Tra noi si dubita se debba ammettersi tra le persone stesse de' contraenti.

In quel luogo non si è ravvisata sostituzione, anche quando erasi il ritorno pattuito in favor delle future generazioni dei discendenti dal donante. In questo si vuol trovare vizio di sostituzione in un patto di ritorno stipulato in favor del solo donante o di chi lo rappresenterà.

(1) *Sirey T. VI P. I pag. 136 Decis. degli 11 frimaio an. XIV.*

V. Merlin Repert. V. Dot. §. XVII, dov'è riportata la medesima decisione.

(2) *Sirey T. 9 P. I pag. 303, Decis. de' 17 di gennaio 1809.*

(3) *Sirey T. IX P. II pag. 229.*

In Francia finalmente non si è avuto per sostituzione la serie di cento avvenimenti, l'uno all'altro subordinati. In Napoli vorremmo trovare sostituzione nella condizione d'un avvenimento unico, qual è la morte de' figliuoli *ab intestato*.

Ma per onore della nostra giurispru-

denza, è necessario dimostrare che i nostri tribunali non hanno altrimenti pensato semprechè si è trattato di decidere degli effetti del patto di Capuana e Nido, a rispetto delle successioni aperte dopo la pubblicazione del codice civile.

XXX.

Tra noi, la disposizione del patto di Capuana e Nido non si è mai avuta come fedecommeso.

La regola più sicura per ispiegare la natura d'un atto qualunque, è il fine dell'atto stesso. E però per decidere, se il patto di Capuana e Nido contenga una semplice condizione risolutiva, o un'aspettativa di successione giova esaminare in favor di chi sia stipulato il ritorno de' beni, e se i figliuoli nel caso che morissero senza discendenti *ab intestato* sieno gravati di restituzione, ovvero risolvendosi il diritto loro per la purificazione della condizione tornino i beni al punto d'onde erano partiti.

Il fine del patto, è la conservazione dei beni, non nella agnazione nè in alcune determinate linee, ma nella famiglia del dotante. Ciò apparisce chiaramente dalla formola stessa del patto che riserva da una parte la dote, e dall'altra i beni paterni agli eredi e successori della moglie e del marito. Risulta parimenti dall'univoco concetto di tutti i comentatori, non esclusi quelli che vollero vestire il patto della figura d'una consuetudine. Ma il voto della conservazione non è diretto dal desiderio della perpetuità, nè è commesso al ministero d'alcun gravame o sostituzione. Difatti quando si fosse verificato il caso che la madre o il padre fossero premorti, e che i figliuoli anche eredi fossero morti senza discendenti *ab intestato*, non si avevano costoro come gravati di restituire, ma succedevansi al padre o alla madre. E que-

sta la dottrina ricevuta dal S. C. nelle due celebri decisioni 237 di Affitto, e 92 del Presidente de Franchis. Insorse qualche scrittore del foro, e tra questi Carleva-lio (1), contro alla sentenza del S. C., perchè credettero doversi nel caso in questione succedere a' figliuoli, *tantum gravati restituere*, e non a' genitori. Ma cotesta opinione singolare fu contraddetta dal Reggente Galeota, e da Carantonio de Luca, i quali dimostrarono che gli oppositori non intesero bene il principio d'onde il Sagro Consiglio attinse la sua sentenza. Il principio è che per la rinuncia in favore degli eredi e successori dell'opposto lato i coniugi rinunziarono al proprio loro diritto, o sia a quel diritto *contingente* che avrebbero potuto acquistare, in grazia dell'antico che intendevano conservare (2). E però il voto della conservazione de' beni non fu perpetuo, nè fu affidato al mezzo delle sostituzioni, ma all'opera della condizione, verificandosi la quale le cose sarebbero tornate nello stato in cui erano.

Adunque nessuna mistura di fedecommeso fu mai ravvisata nel patto di Capuana e Nido, giusta le leggi e la giurisprudenza del tempo in cui fu stipulato. Potrebbero le decisioni de' magistrati nell'applicazione delle leggi nuove creare quel vizio del quale l'atto era esente?

(1) *De judiciis T. II in apolog. in fin. oper. n. 26.*

(2) *Galeota Controv. 11 n. 22 e seg. De Luca alla decis. 92 di de Franchis.*

Giudicati conformi alla buona sentenza.

Se nell'analisi degli esempi delle diverse sentenze, profferite da' nostri tribunali nella soggetta materia, incominciamo dal ragionare di quelli del tribunal civile, non è già che vogliamo contrapporre una minore ad una maggiore autorità, ma è perchè l'ordine delle date è più d'ogni altro proprio a dimostrare quale sia stato il primo concetto, ebe nel nascere della nuova giurisprudenza formessi intorno agli effetti del patto di Capuana e Nido nelle successioni aperte dopo la pubblicazione del codice civile.

1. La prima volta che si agitasse una tal controversia, troviamo essere stato nella causa tra Carlo Conte e Giambattista Valente. Carlo Conte con istrumento de' 29 di ottobre 1800 per le mani del notaio Carlo Pesce d' Arpino promise in dote a sua figlia Lucia due. 450, nella quale somma fu compreso un picciol fondo denominato S. Stefano. Tra' patti dotali fu la reversione della dote ne' due casi o della morte della Lucia senza figli, o della morte de' figliuoli in età pupillare. Sopravvisse alla madre un sol figliuolo, Vincenzo, il quale morì in aprile dell'anno 1810 nell'età di otto anni. La dote era stata in parte pagata; dal che naacquero diverse pretese tra l' dotante ed il padre del defunto impubere. Il tribunal civile avendo considerato, « che i capitoli matrimoniali di Lucia Conte furono stipulati secondo l'uso di Capuana e Nido, o sia alla nuova maniera; che il reo convenuto obbligossi alla restituzione della dote quando il matrimonio si fosse sciolto senza figliuoli, ovvero questi fossero morti in età pupillare; che un tal caso crasi verificato per la morte di Vincenzo in età pupillare, con sentenza de' 4 di gennaio 1811 condannò Giambattista Valente a restituire a Carlo Conte la parte della dote ricevuta.

2. La medesima controversia presentossi nella causa tra Vincenzo da Marco e Francesco Leboff. Era stato il de Marco, marito di Maria Giuseppe Leboff,

sorella di Vincenzo. Con un atto solenne susseguente al matrimonio crasi dichiarato che le parti avevano inteso quello contrarre alla nuova maniera giusta l'uso di Capuana, e Nido. La sig. Leboff. morì, lasciando un figliuolo per nome Felice, il quale trapassò a' 26 di aprile 1810. Superstiti alla morte di costui erano il padre Vincenzo, e lo zio materno Francesco Leboff, tra' quali si discettò se l'erede del dotante dovesse pagare il residuo della dote, o se il marito restituir dovesse la parte della dote ricevuta.

Il tribunal civile di Napoli avendo considerato: non essere cosa più consentanea alle leggi di natura ed all'ordine pubblico dell'osservanza de' patti; che le convenzioni obbligano non solamente a ciò che in esse è espresso, ma altresì a tutte le conseguenze che l'equità, l'uso, o la legge attribuiscono all'obbligazione secondo la sua natura; avendo considerato che la legge non ha effetto retroattivo, ebe dall'essere Felice de Marco nato da' coniugi de Marco e Leboff e morto senza prole sotto l'impero delle nuove leggi, nessun vantaggio può trarre il genitore per la successione regolata a norma delle leggi stesse, giacchè s'incontrerebbe la resistenza di quel patto speciale, sotto la cui protezione affidarono i loro interessi, relativamente alla restituzione della dote, e si darebbe una forza retroattiva alla legge, a dispetto del patto autorizzato da una legge vigente allora quando fu stipulato; con sentenza de' 28 di giugno 1811 rigettò la dimanda del sig. Vincenzo de Marco, e lo condannò a pagare al sig. Francesco Leboff ducati 500 dal medesimo ricevuti collo strumento de' 28 di novembre 1787 in conto della dote costituita alla fu Maria Giuseppe Leboff (1).

3. Con maggior solennità di difesa e di discettazione fu decisa la stessa questione nella causa tra i signori Villa e Serao. Nel 1806 la signora Marianna Serao sposò il sig. Raffaele Villa. Dalla madre e dai fratelli le fu costituita la dote di ducati

(1) *Sentenze del tribunal civile di Napoli.*

3000 col patto della restituzione di quella nel caso che morisse senza figliuoli, o che i figliuoli morissero in età pupillare, o *ad intestato* senza legittimi discendenti, essendosi le parti contraenti in tutto riferiti all'usanza di Capuana e Nido. Nel 1811 cessò di vivere la signora Serao avendo di se lasciato una fanciulla, Maddalena, la quale morì alquanti mesi appresso alla madre. I Serao citarono Villa oel tribunal civile per la restituzione della parte della dote ricevuta. Fu in quell'occasione detto tutto quel che si poteva per escludere da una parte, e per sostenere dall'altra gli effetti del patto. Il dimostra la quistione, che il tribunale propose a se stesso e le considerazioni per le quali determinossi alla sentenza: « il patto reversivo della dote giusta l'antico uso di Capuana e Nido, verificato sotto l'impero della novella legge può essere eseguito, o la successione della dote per la morte in età pupillare della figliuola de' essere regolata colla norma del codice civile » ?

« Considerando, che la osservanza dei patti presso tutte le nazioni è stata rispettata mai sempre come il principio più saldo, e la base più ben fondata su cui poggia l'ordine sociale; iuguischè il diritto, che in virtù de' patti, e delle convenzioni legalmente formate taluno acquisti una volta, importa un diritto incommutabile, che per qualunque avvenimento posteriore non più si perde, o divelle. Quindi è regolare che se tra i dotanti, ed i coniugi fu scritto un patto, che regolava la restituzione delle doti giusta la costumanza di Capuana, e Nido, vigente all'epoca del contratto, e se questa costumanza è stata abolita da una legge posteriore, non è perciò, che la reversione non debba agire. Questa opera non come un effetto dell'uso una volta in vigore, ma come una conseguenza della volontà di coloro, che con un patto specifico a quell'uso si conformarono; di sorte che sia ch'esista questo costume che servi di norma al patto, sia che no; non può la natura del patto essere per poco alterata. Stabilita una volta la convenzione, le sue conseguenze debbono essere sempre eerte, ed invariabili. Così era prescritto nelle vecchie leggi, *Leg. 2 ff. de obligat. et act., leg. 31 D. de aedilitio edicto*. Questo è lo spirito dell'art. 1135 del codice civile ».

« Considerando, che consagrada la massima, che la legge non retroagisce, di leggieri s' intende, che un patto irrito tra le parti sotto l'impero di una legge, che sia stata quindi abolita, debba essere rispettato. I contraenti, che si sottomettono alle regole vigenti all'epoca del contratto, quando sulla esecuzione dello stesso una contestazione sorgesse, anche in tempo, che le regole più non esistono, non con altre vedute debbono essere giudicati, che con quelle, cui nel contratto si conformarono. E massima certa in legge, che nelle stipulazioni *id tempus spectatur, quo contrahimus*, *Leg. 144 D. de reg. jur. 2*.

« Considerando, che su queste vedute, le Corti di Appello, e la Suprema Corte di Cassazione Francese han riconosciuto come irrevocabili le covenzioni matrimoniali, sia che queste fossero livellate sulla norma degli usi, sia che fossero regolate da pazioni particolari. Decis. della Corte di Cassazione de' 27 Germile anno 12. Decisione della Corte di Appello di Liegi de' 26 giugno anno 11. Decis. delle Corti di Bruxelles, e di Angers de' 30 agosto, e 23 dicembre 1806 ».

« E finalmente considerando, che lo stesso legislatore penetrato dalla veemenza delle addotte ragioni con suo decreto de' 4 luglio 1811 art. 2 nel riunire alla Francia i dipartimenti delle Bocche dell'Elba, del Weser, e dell'Ems superiore diebiarò, che le stipulazioni matrimoniali celebrate innanzi la pubblicazione del Codice Civile io quei nuovi domini, dovessero interpretarsi, ed eseguirsi uniformemente alle leggi, sotto l'impero delle quali furono i matrimoni contratti ».

« Il tribunale per tali considerazioni in continuazione . . . ordina, che il patto contenuto nell'istromento dotale del di 2 gennaio 1806 tra i dotanti Cuomo, e Serao, ed il Sig. Raffaele Villa sortisse il suo pieno effetto, in conseguenza di che il suddetto sig. Villa restituirà le intere doti costituite alla fu Marianna Serao di lui moglie una con i frutti alla ragione del cinque per cento dal di della morte della figlia della stessa Maria Maddalena Villa (1) ».

(1) Sentenza del tribunal civile di Napoli.

Analisi de' giudicati che diconsi contrari.

Credesi che abbiano contraddetto più decisioni della già Corte di appello e della G. C. civile pronunziate nelle seguenti specie di fatto.

Orsola Verde maritata sotto l'impero delle antiche leggi secondo il patto di Capuana e Nido, avrebbe avuto la facoltà di disporre della metà delle doti se non avesse lasciato figliuoli, e della decima solamente se ne avesse avuto. Essendo morta nel 1811 si valse del diritto che le dava l'articolo 913 del codice civile, ed in luogo della decima parte, non credendosi più legata dalle consuetudini napoletane, dispose per testamento della metà. Discettossi quindi della validità di tal disposizione. La Corte di appello decise nel seguente modo a' 13 di aprile del 1813.

« Considerando che ne' capitoli matrimoniali stesi a' 13 settembre 1807, ove s'interloquisce della restituzione della dote, si aggiunge: *s' intende interamente alla nuova maniera, al che delle signore parti si sottopongono*; e dopo essersi promessa la rinunzia alla successione paterna e materna, si soggiunge: *Salva ed espressamente riservata la potestà alla detta D. Orsola di poter testare e disporre delle suddette doti a tenore della consuetudine di Napoli in scriptis redacta, cioè con figli della decima parte, senza figli della metà* ».

« Considerando quindi che da tali parole non può unquam rilevarsi una disposizione del padre della dotata a favore de' suoi nipoti, per annoverarsi tale disposizione fra quelle permesse dal codice napoleone nell'art. 1048, ma o deve riputarsi un patto di futura successione, patto reso valido dalla nostra consuetudine *si qua moriens* ed inserito nelle consuetudini, o sieno usi di Capuana e Nido detti alla nuova maniera; ma riprovati dalle antiche e nuove leggi, L. 15 e 30 C. *de pactis*, articoli 791 e 1130, sotto l'imperio del-

le quali è morta la dotata testatrice; o deve piuttosto, come i trascritti termini pare che indichino, riputarsi una disposizione fatta allora alla dotata a favore de' suoi futuri figli, o de' suoi congiunti in mancanza di prima disposizione, che a tenore delle antiche e nuove leggi era sempre variabile sino al punto di una morte, art. 895.

Per tali considerazioni la Corte... dichiara che ha potuto la medesima in forza dell'art. 913 disporre della metà della sua dote, avendo lasciato superstiti un solo figlio.

Prestiamo il debito omaggio di lodi alla sapienza di quei magistrati che così decisero. Nella formola del patto di Capuana e Nido, la facoltà di disporre della sola decima parte delle doti nel caso che la moglie morisse con figliuoli è una disposizione della consuetudine scritta *si qua moriens*, la quale era comune a' matrimoni della vecchia e della nuova maniera. La limitazione poi della metà nel caso che la moglie morisse senza figliuoli, era un'aggiunta fatta dall'uso, e che per conseguente non nasceva nè dal patto, nè da alcuna legge scritta (1). È notabile altresì che nel caso della sig. Verde trattavasi della disposizione della consuetudine *si qua moriens*; imperciocchè volevasi limitare la facoltà di testare alla sola decima parte. È notabile finalmente che nei capitoli matrimoniali le parti contraenti espressamente si rimisero alla consuetudine di Napoli in scriptis redacta. Per la qual cosa saggiamente considerò la Corte di appello, che dalle parole de' capitoli non poteva ricavarvisi una disposizione del padre a favore de' figliuoli che sarebbero nati dal matrimonio. Quindi l'esempio di questa decisione non ferisce per nulla la questione dell'osservanza del patto.

(1) *V. de Bottis alla consuetudine si quis vel si qua.*

2. Della stessa natura è la sentenza del tribunale civile di Napoli de' 13 marzo 1816 tra D. Merzìo Mastrilli duca di Gallo e D. Giovanni Mastrilli duca di Marigliano suo fratello. Ne' capitoli matrimoniali stipulati nel 1800, D. Maddalena figliuola del duca D. Giovanni riservossi la facoltà di disporre delle doti giusta le consuetudini napolitane. Nel 1811 dispose in favor del duca D. Marzio suo marito di tutto quello di che la legge le permetteva disporre. Pretese costui le proprietà delle metà della dote, e l'usufrutto dell'altra metà, giusta l'artic. 1094 del codice civile.

Il tribunale civile avendo considerato che il patto di Capuana e Nido nulla statuiva e rispetto della facoltà di disporre delle doti, ma riferivasi interamente alla consuetudine scritta della città di Napoli; e che per la sopravvenienza delle nuove leggi, le quali abrogarono le consuetudini insieme con ogni altra legge comune e municipale, dovesse della facoltà di testare giudicarsi per le nuove, e non per le antiche leggi; fece ragione ad ambe le dimende del duca di Gallo. I motivi di questa sentenza non solamente confermano le osservazioni fatte nel caso precedente, ma dimostrano che altrimenti avrebbe il tribunale deciso, ac si fosse trattato d'una delle obbligazioni contenute nella formola del patto.

3. Men giustamente, che ne' due casi precedenti, credesi opporre l'autorità della stessa Corte di appello nella causa tra Pirozzi e Farina decisa a' 18 di settembre 1816. La specie del fatto non è di contratto matrimoniale, nè di rinunzia alla successione de' figliuoli, nè di patto di ritorno di beni, ma d'un'enfiteusi a terza generazione. L'Ospedale degl'Incurabili concedette nel 1694 un fondo di circa mogge settanta in Giugliano ad Alessio Pirozzi insino alla sua terza generazione. Era la terza parte dell'anzidetto fondo pervenuta e Giambattista Pirozzi, uno de' discendenti di Alessio; erede di costui fu la madre Arcangela Farina, alla quale due altri discendenti di Alessio, Francesco e Luigi Pirozzi contrastavano il diritto di succedere in quella porzione. La Corte ebbe per vero che la successione pretesa da' maschi discendenti non potesse aver luogo, se non per virtù d'un vero

fidecomesso; imperciocchè non altrimenti potevasi verificare il loro diritto, se non per lo gravame di conservare e di restituire, imposto dalla prima insino alle terza delle generazioni chiamate. Siccome la decisione della nostra Corte fu principalmente fondata sopra quella della cassazione francese de' 23 di novembre 1807, così giova congiungere insieme l'analisi de' principii e delle considerazioni dalle quali l'una e l'altra sono nate.

Nel 1702 il sig. Bigorre titolare del beneficio di S. Giovanni Evangelista, previa la permissione pontificia concedette i beni dello stesso beneficio a Contardo de Bagnolis, a' suoi figliuoli, fratelli, e cugini paterni in enfiteusi a terza generazione. I concessionari venderono questo diritto a Bartolommeo Beltrami circa quarant'anni dopo la prima concessione. Il canonico de Luca beneficiario successore riconobbe l'alienazione, e confermò l'investitura dell'enfiteusi a Beltrami per lui, per Giacomo Filippo e per Sereno figliuoli di lui, e pe' figliuoli eredi e successori di costoro insino alla terza generazione. L'enfiteusi trovavasi per intoro nelle mani di Sereno Beltrami, allorchè costui trapassò nel secondo giorno intercalare dell'anno XI. I figliuoli maschi di Sereno pretesero escludere le femmine; e per l'opposito queste domandarono essere emmesse ad una uguale divisione della paterna eredità. La quistione versava circa due punti di diritto: affermavasi in primo luogo essere le femmine comprese nell'investitura enfiteutica: dicevasi in secondo luogo che quando anche ne fossero escluse, il codice civile aveva per doppio capo derogato alla successione convenzionale, conteuta nell'atto dell'investitura; imperciocchè da una parte aveva coll'articolo 730 dichiarato che non si attende più alla natura ed all'origine de' beni, e dall'altra aveva coll'articolo 745 chiamato i discendenti alla successione degli ascendenti senza distinzione di sesso o di primogenitura. La Corte di appello di Torino con decisione degli 11 termidoro an. XIII avendo considerato che l'enfiteusi era di sua natura ecclesiastica; che tali specie d'enfiteusi erano maschiline; che la chiamata de' maschi nasceva da un contratto, e che il mutare la qualità convenuta de' successori sarebbe stata una violazione del contratto

medesimo, credette non essere applicabili al caso le disposizioni del codice civile a rispetto delle successioni, e però confermando la sentenza de' primi giudici rigettò la dimanda delle sorelle Beltrami.

Di tale decisione il Procurator generale presso la Corte di cassazione francese chiese l'annullamento nell'interesse della legge. I motivi della sua *requisitoria* versarono circa la seconda parte delle considerazioni della Corte di appello, cioè che il codice civile non avesse mutato l'ordine della successione stabilito col contratto enfiteutico. Cotesti motivi rispondono a ciascuna delle proposizioni della corte. 1. Non è vero che i figliuoli maschi di Sereno Beltrami vengano con un diritto proprio nascente dal contratto alla successione del padre, perchè essi non furono parti contraenti, nel quale caso sarebbe stata vera la ragione allegata dalla corte: 2. Non è vero che il nuovo ordine di successione stabilito dal codice civile non sia applicabile alla specie presente, tra perchè non poteva la Corte attendere alla natura de' beni ecclesiastici ed enfiteutici dopo il divieto dell'articolo 731, e perchè la chiamata de' maschi delle tre generazioni è stata in ogni caso annullata dallo stesso codice civile. Imperciocchè, o era un fedecommesso se a' temporali enfiteuti era vietata l'alienazione, o era una riserva per fare salvo il ritorno de' beni al padrone diretto. Nel primo caso il fedecommesso è abolito; nel secondo caso i maschi non hanno diritto proprio, nè possono mutare l'ordine della successione. 3. Non è vero che l'ammissione delle femmine violerebbe il patto, perciocchè è indifferente al padrone diretto la qualità della persona che succede, purchè sia salvo il ritorno de' beni allo spirare del termine convenuto. Sopra tali considerazioni fu domandato l'annullamento, che la Corte di cassazione concedette con decisione de' 13 di novembre 1807.

« Veduti gli articoli 732 e 743 del codice civile » ;

« Attesochè nella specie di fatto presentata alla Corte di appello di Torino, non trattavasi di decidere, se in seguito delle nuove leggi, il diritto di ritorno dei

fondi enfiteutici, dopo l'estinzione delle persone chiamate per virtù del titolo costitutivo, potesse ancora aver luogo in favor del concedente; ma trattavasi unicamente di conoscere, se non essendo ancora giunto il caso del ritorno preveduto dal titolo, dovessero le figlie dell'utile padrone partecipare insieme co' loro fratelli della successione aperta dopochè il codice civile ha acquistato forza di legge nel Piemonte; attesochè a' termini degli articoli 732 e 743 dello stesso codice i figli succedono al padre senza distinzione di sesso, quali si sieno la natura e l'origine de' beni; e che però la Corte d'appello di Torino non poteva sull'appoggio d'un' antica giurisprudenza ammettere un'eccezione alla regola generale, stabilita dalla nuova legge, e escludere le figlie, quando si tratta d'un' enfiteusi ecclesiastica, senza commettere un abuso d'autorità, e senza violare i testi delle leggi precitate » ;

« Cassa ed annulla nell'interesse della legge solamente la decisione in questione pronunziata dalla Corte di appello di Torino nel dì 11 termidoro an. XIII (1) ».

Comechè l'anzidetta decisione avesse fatto formale distinzione tra l' diritto di ritorno, stabilito nel titolo costitutivo dell'enfiteusi, e la successione de' figliuoli all'eredità del comune genitore; e comechè avesse ella evitato di pronunziare sopra tutti gli altri motivi del pubblico ministero, pur tuttavia confondiamogli sotto una stessa autorità. Qual è l'argomento che si vuol ricavarne, non dalla decisione, ma dalla *requisitoria*? Il diritto de' maschi chiamati nell'investitura non può essere riguardato come un diritto acquistato per contratto, perchè non intervennero nel contratto medesimo; sì che la loro chiamata era una *speranza*, una *aspettativa*, e non un diritto. Convengo.

Del pari i congiunti del lato materno che vuoi ora escludere dalla successione de' beni paterni non intervennero nei capitoli matrimoniali, co' quali fu stipulato il patto di Capuana e Nido; sì che la pretensione che cotesti congiunti paterni vantavano per virtù dell'enunciato patto era ugualmente una *speranza*, la

(1) *Sirey T. VIII. P. I. pag. 62 a 72.*

quale è stata distrutta dalle nuove leggi. La comparazione difetta ne' principi.

Il titolo dell'anfeusi ed il titolo della successione ponevano in contrasto due diritti disuguali tra loro, o sia una speranza ed un diritto. Speranza era la preferenza del sesso, perchè i figliuoli non l'avevano per se stessi stipulata. Diritto era la successione a' beni del comune genitore. Annullata quella della legge doveva questo di necessità prevalere. Di fatti il diritto di succedere è inerente alla qualità di figliuolo, nè può essere tolto o scemato per fatto dell'uomo.

Per l'opposito ne' congiunti materni il diritto di succedere ne' beni paterni si acquista col matrimonio, o sia colla volontaria congiunzione che una donna del lato loro contrae con una estranea famiglia. Or se per una condizione di quest'atto medesimo, prima si escludono i congiunti della donna dalla successione dei beni altrui, e poi il matrimonio si contrae; è manifesto che il diritto negativo è antecedente e poziore del positivo. La nuova legge dunque non può dare al matrimonio un effetto che le stesse parti contraenti gli avevano tolto. Sarebbe assurdo il pretendere che nell'atto della rinunzia della donna fossero intervenuti i congiunti di lei, perchè costoro non erano ancora divenuti congiunti del marito. Conviene dunque distinguere i diritti che nascono con noi, o quelli che abbiamo già acquistati, dagli altri che possiamo acquistare o non acquistare. Per essere spogliato de' primi è necessario il proprio fatto; per essere privati de' secondi basta il fatto della persona per lo cui mezzo solamente potremmo acquistargli. Quest'argomento ricade nella cose già dette per l'efficacia della rinunzia, sia a rispetto del rinunziente, sia a rispetto di coloro che dal rinunziente rilevano (1).

La proposta distinzione apparisce anche manifesta dal paragone delle decisioni profferite dalla stessa Corte di cassazione francese, nelle due diverse specie di fatto, se pure non si volesse in quelle presupporre una grossolana contraddizione. Allorchè ha ammesso il diritto acquistato da' rimoti discendenti per lo difetto

delle condizioni stipulate non anni, ma secoli prima dell'avvenimento; ed allorchè ha fatto prevalere un tal diritto a quello della successione legittima, ha senza equivoco detto che gli effetti del patto erano validi, comechè i presenti non fossero intervenuti ne' contratti da' loro antenati. E se si voglia ricercare la ragione di tal differenza, non è che non la veggia nella diversa specie de' diritti degli eredi legittimi, e nel diverso modo di acquistargli.

E finalmente restringendo l'intarpetrazione della decisione della Corte di cassazione francese a' soli motivi che sono in quella espressi, rilevasi con uguale evidenza che quell'illustre collagio volle di proposito evitare l'equivoco per lo quale si potesse le sue considerazioni estendere a' patti di ritorno. Imperciocchè al suo ragionamento autepose i precisi termini della questione sopra la quale intendeva pronunziare, o sia disse che non si trattava già degli effetti del patto di ritorno tra i contraenti, ma d'una conseguenza che dal contratto volevasi ricavare per offendere il diritto d'un terzo.

Per la qual cosa sembrami che i fautori della contraria sentenza siano corsi troppo lungi per trovare un argomento generale che non può essere applicato, nè alla qualità de' diritti da' quali si disputa, nè alla natura del patto e della condizione; e non abbian veduto, nella stessa decisione che hanno invocata, l'eccezione che gli ferisce.

4. La sola contrarietà di giudicati, che può essere opposta, sarebbe nella decisione della seconda camera della G. C. civile de' 13 di febbrajo 1822 nella causa tra Ippolita de Rosa e i figliuoli Giuseppe e Giovanni Cirpoli dalla provincia di Salerno. Pretese la madre succedere in concorso di due figliuoli viventi all'eredità d'un altro figliuolo premorto. Le opposero i suoi competitori il patto di Capuana e Nido. La G. C. civile ammise la madre alla successione per la terza parte, e quanto all'eccezione del patto ragionò al modo che segue:

« Attesochè il patto di Capuana e Nido s'introdusse ne' capitoli per effetto

(1) V. sopra i numeri XXIV XXV e XXVI.

» di una consuetudine adottata da' nobili
 » di quelle piazze contraria alla consue-
 » tudine napolitana; nè altro era che un
 » patto successorio, e se importava im-
 » plicitamente rinunzia, questa era fon-
 » data più sulla consuetudine anzidetta,
 » che sulla determinata volontà de' paci-
 » scenti di stipulare una rinunzia non sog-
 » getta alla distinzione, di cui Bartolo fu
 » l'autesignano tra le rinunzie *ratione le-
 » gis*, e quelle dipendenti dal nudo vole-
 » re delle parti. Altronde le rinunzie con-
 » template nel decreto del 1817 furono
 » quello che erano in uso di farsi dalla
 » dotata a prò del dotante quando fosse-
 » ro valide, e contenenti tutti i requisiti
 » di una vera transazione. Or non aven-
 » do ciò nulla di comune col patto alla
 » nuova maniera, è inutile l'intrattener-
 » si sugli atti che si qualificano come ra-
 » tifica de' capitoli, poichè, trattandosi
 » di un diritto successorio eventuale, non
 » trova l'ostacolo del vizio di retroattivi-
 » tà, e deve essere regolato secondo la
 » legge vigente al tempo della morte di
 » Girolamo ».

A' motivi di questa decisione non po-
 trebbesi rispondere se non reassumendo
 tutto quello che è stato sin qua detto. Ciò
 non pertanto giova osservare che la ra-
 gione dominante del discorso è che i ma-
 trimoni *alla nuova maniera* nascono dal-
 la consuetudine e non dal patto. Or se noi
 eredessimo non avere abbastanza detto per
 rimuovere una cotale opinione, dovrem-
 mo necessariamente diffidare dell'esito di
 una nuova dimostrazione. Tutti gli altri
 motivi della riferita decisione sono conse-
 guenze dello stesso principio assunto; im-
 perciocchè la rinunzia s'interpeta come
statutaria, e dichiarasi sfornita di quei
 caratteri di transazione che presuppone

il Real Decreto de' 4 di marzo 1807. Ma
 qual transazione più giusta, più uguale,
 e più utile di quella, per la quale volen-
 do la donna assicurare il ritorno della do-
 te, rinunzia ad un equivalente vantaggio
 sopra i beni del marito? E qual parago-
 ne può farsi tra le ordinarie rinunzie, per
 le quali le donne maritate rifiutavano l'e-
 redità del padre o de' fratelli viventi, ed
 una rinunzia di *certi beni e d'incerte per-
 sone*? E come finalmente le antiche ro-
 gole del diritto intorno a' patti successori
 universali potevansi applicare ad un pat-
 to speciale, non solamente riguardato
 come lecito dal diritto romano, ma anco-
 ra protetto per lo favore del matrimonio?

Del rimanenti la giurisprudenza non si
 forma per un solo esempio, e spesso gli
 stessi magistrati tornando ad un miglior
 esame de' principj emendano le loro prime
 decisioni. Non è forse quistione dell'anti-
 co e del nuovo diritto per la quale non
 possano contarsi sentenze in contrario sen-
 so. La materia stessa che abbiain trattata
 somministra molti esempli di questa verità.
 Moltissimi ne offrono specialmente le qu-
 stioni transitorie, agitate e in Francia ed
 in Napoli dopo la pubblicazione delle nuo-
 ve leggi. La giurisprudenza ricevuta è un
 frutto maturo, che nasce non dalla sola
 scienza, ma dall'esercizio del ragionare,
 e dalla sperienza degli esempli. E però è
 proprio delle cause celebri il privilegio di
 fissare l'opinione de' giuriconsulti intorno
 a' punti controversi, non perchè la giusti-
 zia si compiaccia della grandezza de' no-
 mi o delle cose, ma perchè la solenne di-
 scettazione, che è sempre maggiore, dove
 maggiori sono le sue conseguenze, apre
 il campo alla verità, e prepara la maturi-
 tà del giudizio.

XXXIII.

Conchiusione.

Il frutto d'ogni dimostrazione è che la
 verità apparisca sgombra di tutta quella
 nebbia, che i dubbj avevano intorno a lei
 elevato. I dubbj che stimiamo aver dilege-
 gato nascevano unicamente dalla preoccupa-
 zione delle leggi nuove, contro alle quali
 sovente si pecca, o per soverchio, o per

poco amore delle antiche. Nulla abborri-
 sce tanto dalla purità della giustizia, e
 dall'indifferenza, quanto la prevenzione
 dell'animo si nel fatto che nel diritto. Sco-
 po delle leggi antiche e delle nuove è il
 conservare a ciascuno le proprietà e i di-
 ritti acquistati. Diritto acquistato è quello

che nasce dalla legge che i coniugi si hanno dato nel contrarre il matrimonio. La legge, sotto il favor della quale il matrimonio è stato contratto, garantisce l'inviolabilità e la perpetuità del patto. La perpetuità legale non si limita alla sola durata del matrimonio, ma a tutto il tempo per lo quale durano gli effetti di quello. Tra le molteplici specie di patti dotali ammesse dalle nostre antiche leggi non era alcuna più giusta e più coerente allo scopo del contratto, di quella per la quale cercavasi di ovviare al pericolo che

le proprietà di due estranee famiglie invece di unirsi insieme in favor de' figliuoli comuni si disperdessero nelle mani di persone tra le quali non erano vincoli nè di affezione, nè di doveri naturali o civili. Per conseguire l'intento loro e per conservare i diritti presenti, i coniugi privavansi mutuamente d'un diritto futuro ed eventuale. Ora nessuna legge può fare, che un matrimonio a questo modo contratto, tolga il diritto a coloro a' quali si volle conservare, per darlo a quelli a' quali s'intese negarlo.

DISSERTAZIONE V.

DE' PATTI CONDIZIONALI.

Può dirsi dell' arte del ragionare quello che un antico poeta predicò del lusso : *o prodiga rerum luxuries, nunquam parvo contenta* (1)! Ella riceve sempre nuovi iucitamenti dalle ultime cose che ode , e riproduce sotto varie forme quegli stessi argomenti che sembrava aver già sod-

difatto al bisogno della dimostrazione. Avendo il nostro primo discorso suscitato molti contraddittori, che vorrebbero più semplice e bella la legge nuova , a spese de'dritti acquistati; uopo è venire ad una nuova analisi del nostro, e loro ragionamento.

I.

Somma delle cose dimostrate.

L'error comune che nel nostro primo discorso abbiamo inteso combattere, è che il patto di Capuana e Nido servisse unicamente a torre di mezzo i genitori, acciocchè rimanesse senza impedimento la disposizione della consuetudine *si quis vel si qua*. Da quest'errore mosso il volgo degli scrittori forensi aveva detto, essere il *patto* una parte della stessa consuetudine, permodochè l'uno dovesse seguire la sorte dell' altra , d'onde poi ciascuno a suo modo ragionando ricavava, che fosse operativo per semplice ministero della legge e non per la volontà de'contraenti; che fosse un patto personale e non reale; che in somma altro scopo non avesse se non di derogare a quella massima: *patre vel matre in medio existente cessat consuetudo*. Coloro che così ragionavano, apertamente scambiavano l'occasione che suggerì il *patto* col fine che il medesimo si propose, impugnavano il testo letterale della stipulazione, e negavano una giurisprudenza almen di tre secoli , confermata da costanti e classico decisioni de'nostri antichi tribunali. Per dissipare tutta la seguella delle enunciate false conseguenze credemmo aver dimostrato una serie di contrario proposizioni, delle quali giova ripetere l'elenco:

Lo scopo del patto di Capuana e Nido non fu di escludere solamente i genitori, ma di fare salva in ogni caso la regola : *paterna paternis et materna maternis*;

Il voto della consuetudine *si quis vel si qua* fu l'occasione ma non la causa finale del *patto*;

Scoperto il difetto della legge si volle non solamente a quello ovviare, ma si previdero tutti gli altri easi ne'quali potesse lo stesso vizio riprodursi;

Si volle per la forza d'un patto provvedere a tutte quelle eccezioni, ad evitar le quali non bastava la semplice disposizione della legge;

Si parò dal principio che si può per patto fare quello, che non può la legge ordinare;

È un patto reale e non personale;

È una rinunzia estintiva e non traslativa;

È una rinunzia non universale ma *certorum bonorum*;

È una rinunzia non di eredità di persone presenti ma di persone futuro ed incerte;

È una rinunzia non di diritti acquistati, ma di eventuali;

È una rinunzia non gratuita, ma onerosa e reciproca;

(1) *Lucan. lib. IV. v. 473.*

È una rinunzia non estorta, ma fatta per causa utile, qual è il matrimonio;

È un contratto che ha formato la legge e la condizione del matrimonio;

È un contratto che non ha tolto ad alcuno diritti che quegli già avesse, ma che ha impedito l'acquistarne in danno de' contraenti e dello scopo del matrimonio;

È un contratto a' cui effetti i contraenti hanno acquistato diritto dal momento della stipulazione, e che nessun altro avvenimento seguente può loro rapire;

È un patto di ritorno de' beni a' rispettivi congiunti sotto la condizione,

se i figliuoli morissero senza discendenti;

È una condizione casuale, pendente la quale i beni passano con un dominio sempre rinvocabile;

È una condizione il cui adempimento fa sì che i beni tornari debbano a quello de' coesistenti al quale sarebbero spettati, se i genitori fossero morti prima del matrimonio, o se matrimonio non si fosse tra loro contratto;

Per virtù del patto dunque si succede non all'figliuolo morto nel caso della condizione, ma al genitore da cui i beni provengono.

II.

Nuove obiezioni.

Se l'enunciate proposizioni sono vere, non può non esser vero altresì che il diritto acquistato da' congiunti paterni, per virtù del patto contenuto ne' capitoli matrimoniali, non può essere distrutto nè modificato dalle leggi nuove, le quali sopravvennero nel corso del matrimonio. Ciò non ostante molti inclinano a credere che il patto di Capuana e Nido sia in parte patto ed in parte consuetudine, patto cioè per quanto riguarda il ritorno della dote a' dotanti, e consuetudine per ciò che concerne la successione ne' beni paterni; definizione per verità nuova e di cui non si trova vestigio nè nella lettera della stipulazione, nè nelle opinioni degli scrittori del foro. Volendo noi investigare la ragione d'un sì opposto concetto, ci è sembrato averla trovata nella omissione della più importante parte del patto, la quale è stata forse per inavvertenza sottratta alla considerazione di coloro, i quali sono nati nella sentenza contraria: *Et ubi et in casu, quod non superessent liberi ex dicto matrimonio superstitibus, vel etiam si tempore mortis dictae uxoris liberi ex eodem matrimonio superessent, et postea ADITA HAEREDITATE VEL NON ADITA per eos vel alium seu alios eorum nomine, liberi ipsi decederent vel morerentur in pupillari aetate vel post quandocumque ab intestato sine liberis legitimis et naturalibus, dictae dotes modo praedicto receptae veniant et devenire debeant, et ipsarum restitutio realiter fiat*

et fieri debeat haeredibus et successoribus dictae uxoris seu HAEREDIBUS DOTANTIS.

Questa è la parte del patto di che non si è avuto conto, ed è appunto quella sopra la quale furono fondate le magistrali decisioni di Matteo degli Affitti e del Presidente dei Franchis; ed è questo il luogo che qualifica la natura del patto reversivo ed esclude il titolo ereditario. Imperciocchè se nel caso dell'adempiuta condizione si succedesse a' figliuoli e non a' genitori, sarebbe manifesto che il patto non fosse operativo se non per la sola esclusione de' genitori; laddove se ottenuto già questo intento, continua ancora l'antivedimento de' contraenti per modo che resti esclusa tutta la cognazione de' figliuoli, è manifesto del pari che il patto ha voluto più della consuetudine *si quis vel si qua*, e che l'ammissione o l'esclusione de' congiunti non dipende già dalla qualità ereditaria e dal ministero della legge, ma da un ritorno convenzionale, retto dalla condizione, *se i figli in qualunque tempo muoiano senza discendenti.*

Ci duole dunque a ragione che non si sia letto più innanzi nella formula del patto, il che se si fosse fatto non sarebbero certamente sfuggite all'accorgimento dei dotti giureconsulti che se ne sono occupati quelle stesse conseguenze che apparvero chiare a' magistrati non meno sommi del già nostro Sagro Consiglio, e della Camera della Sommaria. Laonde per rispondere alle

nuove obiezioni che ci si fanno, e per dileguare gli equivochi nati dalla poca attenta lettura del patto riduciamo tutta la dimostrazione del nostro argomento alle quattro seguenti proposizioni: I. Il Codice Civile regola i diritti degli sposi solamente poi matrimoni contratti dopo la sua promulgazione: ne' matrimoni celebrati sotto l'impero delle antiche leggi i diritti degli sposi sono da quelle regolati. II. Per le antiche leggi, quando i capitoli matrimoniali fossero fatti giusta il patto di Capuana o Nido, i congiunti de' due lati succedevano a' coniugi e non a' figliuoli morti sen-

za discendenti. III. Il patto di Capuana e Nido non era un servo ligio della consuetudine, ma regolava di per se solo la sorte de' beni e la loro conservazione nelle rispettive famiglie. IV. E un patto reciproco che non solamente uguagliava la condizione della dote a quella de' beni parafernali, ma poneva altresì in pari condizione le persone de' due coniugi: è un equo regolatore de' diritti di entrambi, e come vindice dell'uguaglianza che regnar dee nelle convenzioni matrimoniali, *sustinet ipse duas aequato examine lances.*

III.

Il codice civile regola i nuovi e non gli antichi matrimoni.

Facciam positiva la dimostrazione, giacchè la esperienza mostra come il ragionare si stravolga.

I. In Francia fu a' 4 di marzo del 1811 pubblicato il decreto per l'ordinazione giudiziale de' dipartimenti che dipendevano dalla corte di Appello d'Ilambourg. Ivi all'articolo 150 fu detto: *i diritti degli sposi maritati prima che si ponesse in attività il Codice Civile, ancorchè lo scioglimento del matrimonio avvenga dopo della detta epoca, saranno regolati giusta le disposizioni del di loro contratto di matrimonio. Se non esiste contratto, saranno regolati conformemente alle leggi sotto l'impero delle quali il matrimonio sarà stato celebrato.* Sirey fa a questo decreto la seguente nota: *il lettore illuminato non mancherà di scorger che coteste disposizioni locali sono capaci d'un effetto generale, come tratto di luce e di analogia, o come conseguenze del diritto comune (1).*

2. In conferma della massima generale ch'è stata di sopra stabilita una serie di decisioni concordemente dimostra che qualunque diritto, sia di successione sia di aspettativa, o che avesse formato parte dei contratti di matrimonio, o che assicurato solamente dalla legge in vigore avesse formato una implicita condizione degli altri patti nuziali, è stato sempre giudicato non

colle leggi nuove, ma colle antiche o sia con quelle leggi, sotto la fede delle quali i coniugi e i loro congiunti avevano concluso il matrimonio.

E per cominciare dall'esempio il più antico, nella causa Chablot decisa dalla corte di Appello di Torino a' 15 di marzo del 1806 venne in esame, se fosse o no revocato dal codice civile un patto di rinuncia scritto ne' capitoli matrimoniali della signora Giovanna Francesca Chablot, ed un' istituzione contrattuale fatta da' genitori in favor di Giammaria unico figliuolo maschio, sotto la condizione, se nel tempo della loro morte non avessero avuto altri maschi. Il patto della rinuncia della sorella Giovanna Francesca era conforme alle costituzioni piemontesi, un articolo delle quali era così concepito: « vogliamo che per conservare le famiglie e per favorire l'agnazione, ogni donna alla quale sarà lasciata, promessa o costituita una congrua dote dagli ascendenti paterni, o materni, o da qualunque altro congiunto collaterale, si abbia come esclusa, mediante il pagamento dell'anzidetta dote, come anche ne sieno esclusi i dilei discendenti che a lei sopravvissero, quantunque non fossero suoi eredi, ed ogni altro che da questa donna pretendesse trarre un diritto di succedere ».

Senza qui riferire le lunghe considera-

(1) Sirey T. XI. P. II pag. 337.

zioni della corte di Appello, la dimanda della donaa la quale pretendeva doversi attendere alla legge del tempo della morte del padre fu rigettata, principalmente per la ragione che le obbligazioni contratte nel tempo de' rispettivi matrimoni divennero sin d'allora perfette, e che la sola esecuzione di quelle trovavasi rimessa al tempo della morte, giusta la dottrina del Senato di Savoia esposta nell'ottava definizione di Fabro del titolo *de pactis conventis: contrahitur ab initio utilis obligatio, dilata tantum executione in tempus mortis patris*; e che per conseguente essendosi verificata la condizione in favor del figliuolo maschio, uopo era non fermarsi al tempo dell'aperta successione, ma risalire insino alla data del contratto, l'essendo il principio regolatore delle obbligazioni condizionali(1).

3. Nello stesso anno 1806, fu nella causa Bloquerie dalla corte di Appello di Bruxelles stabilita la massima: *gli sposi i quali hanno contratto matrimonio prima del codice civile, sotto l'impero degli statuti che ammettevano l'uno alla successione dell'altro, non sono stati dall'articolo 1390 del codice civile spogliati di tal diritto, e di tale aspettativa*. Trattavasi, nella specie del fatto al quale l'anzidetta massima fu applicata, d'uno statuto locale, che ammetteva il coniuge superstite alla successione de' mobili dall'altro lasciati; e comechè il matrimonio fosse stato solamente contratto sotto l'impero di questa legge senz'alcuna espressa stipulazione, pur tutta volta la Corte di Bruxelles ragionò a questo modo:

« Attesochè la consuetudine di Nivelles regge il comune di Sangermano-conturre, luogo del domicilio matrimoniale di Gian Giuseppe Bloquerie, e di Lutgarda »;

« Attesochè il contratto tacito di matrimonio che risulta dalla consuetudine non è stato mutato per la sopravvenienza del codice civile, sotto l'impero del quale il matrimonio è stato sciolto, dappoi- ch'è il diritto della società coniugale era

già prima acquistato in forza del tacito contratto »;

« D'onde segue che il superstite ha avuto il diritto di ritenere i mobili a' termini dell'articolo 49 della consuetudine di Nivelles (2) ».

4. La medesima massima, ricavata da principi più vicini alla nostra questione, fu ripetuta nel 1809 dalla corte di Appello di Rouen. La proposizione principale della Corte fu: *Il cod. civ. non può regolare se non i contratti di matrimonio celebrati sotto il suo imperio. Quelli innanzi conclusi debbono essere regolati colle leggi che a quel tempo esistevano*. La questione pratica, cui l'anzidetta massima fu applicata, era che una donna di Normandia volle giovare della consuetudine del suo paese, la quale vietava alle donne maritate l'alienazione de' beni comechè estradottili. Or l'alienazione fu fatta dopo la pubblicazione del codice civile, e per conseguente dopo l'estinzione delle allegate consuetudini. Ciò non pertanto la Corte ragionò nel senso del divieto ed il suo ragionamento è citato come l'enunciazione di una sentenza non solamente vera ma generale.

« Attesochè in ogni tempo i beni della donna maritata o spettati o da spettare, sono stati sottoposti dal momento stesso del matrimonio e per lo tempo della sua durata, ad una regola speciale, d'onde derivano i diritti e le azioni che le appartengono per causa dell'alienazione di quelli »;

« Che nelle convenzioni matrimoniali v'è un'intima relazione tra le stipulazioni scritte e le disposizioni della legge costitutiva del regime di quel tempo »;

« Che le une fatte in contemplazione delle altre, e tutto quello ch'è di diritto a quel tempo, formano con ciò ch'è di stipulazione un tutto di cui le parti sono talmente connesse, che non si può staccarne alcuna in pregiudizio d'uno de' coniugi, senza violar la fede sotto la quale il matrimonio è stato contratto ec. (3) ».

(1) Sirey T. VI. P. II. pag. 461 e seg.

(2) Sirey T. VII. P. II. pag. 44.

(3) Sirey Tom. IX. P. II. pag. 327.

Conseguenze:

La legge posteriore non muta le convenzioni matrimoniali;

Noo muta gli effetti delle leggi o delle consuetudini eb' erano in vigore nel tempo in cui fu il matrimonio contratto;

Non muta gli effetti de' patti successori sieno affermativi, sieno negativi;

Non muta l' aspettative delle successioni ehe formarooo parte delle conveziooi matrimoniali, sieno espresse, sieno tacite;

Non deroga ad alcuno de' diritti acqui-

stati da' coniugi, o da quelli che da loro hanno causa, sieno puri, sieno coodizionali;

Non limita nè diminuisce il tempo o l' effetto delle condizioni, qualunque sia la loro durazione;

Non toglie fualmente alcuno do' vantag- gi che ciascuno de' coniugi o ha stipola- to, o ha sperato per lo favor della leg- ge, sotto la cui fede fu il matrimonio con- tratto.

IV.

Si succedeva a' coniugi e non a' figli morti senza discendenti.

Il nodo della presente quistione è ri- posto nella clausola *adita vel non adita hereditate*, che nella formola del patto fu aggiunta appuoto per impedire che la qualità ereditaria noo venisse a turbare il ritorno de' beui a' congiunti del lato dal quale provenivano.

1. È questa la prima quistione ehe ve- diamo trattata da Matteo degli Afflitti, o sia da quello stesso scrittore, dal quale ci è stata tramandata la genuina formola del patto medesimo. Il caso da lui pro- posto è como segue:

Moritur vir superstite filio et uore; filius se immiscuit in hereditate materna absque intentaria, et mater stetit in viduitate; moritur deinde mater superstite filio suo et herede; deinde hic filius decessit major ab intestata superstitibus sibi proximioribus ex parte patris et proximioribus ex parte matris; sed proximiores ex parte patris sunt sibi magis conjuncti in gradu. Quaeritur in illis dotibus quae fuerunt matris suae quis succedat, an magis sibi proximiores vel remotiores ex parte matris? Dubium facit ex quo iste filius successit patri et sic fuit debitor matris in dote. Demum iste filius debitor dotis successit matri creditrici, per cujus aditionem videtur induci solutio, quod ipse filius ut heres patris debitoris solvet sibi ipsi ut heredi matris suae creditricis dictarum

dictum et sic, solutione ejus quod debetur, extinetur sit hypotheca ipsis dotibus. Ecco la quistione o la ragione del dubitare: odasi como il S. C. rispose all' una e dileguò l'altra: *fuit per omnes dominos Sacri Consilii rotatum quod dicta aditio hereditatis maternae facta per filium qui fuit heres patris, inducat solum confusionem et unionem bonorum paternorum et maternorum et non solutionem, ex eo quia ista dote materna quae pervenit ad filium, pervenit revocabili- ter in casu si postea moriatur sine filiis et ab intestato; qua casu adveniente proximiores ex parte matris hujus filii decessit sine liberis, vel ipsi liberi sine descendantibus ab intestato. . . pos- sunt agere hypothecaria in bonis dicti filii ultimo morientis ab intestato contra ejus proximiores ex parte patris ejus heredes (1).*

2. Giusta la testimonianza dello stesso Matteo degli Afflitti, la medesima quistioe fu riprodotta nella causa tra i congiunti di Margherita Capano madre di Giantommaso Brandaccio e i congiunti pa- teroi dello stesso Giantommaso, il quale fu erede prima del padre ed indi della madre, e morì senza discendenti, e sen- za testamento. Il S. C. coos seguentemente alla prima decisione concedetto agli eredi della madre l' azione ipotecaria contra i congiunti paterni (2).

(1) *Afflitto decis. CCXXXVII. n. 2 a 6.*

(2) *Afflitto ibid. n. 6 in fine.*

3. Giannangelo Pisanelli nelle addizioni alla citata decisione rammenta una simile sentenza pronunziata nella causa tra Antonio de Culinariis o gli eredi di Giannandrea Fucilli. Comentando ivi il principio che l'addizione dell'eredità non estingue il diritto nascente dall'obbligazione condizionale dice: *nam cetus condicionalis nihil ponit firmum; ergo non est facta acquisitio irrevocabiler, et sic non est extincta actio* (1).

4. La medesima quistione fu più ampiamente trattata nella decisione 92 del Presidente de Franchis: *secundo fuit dubitatum si contracto matrimonio secundum consuetudinem nobilium supra relatam quando moritur mater relicta filia quae postea moritur, adita hereditate, si in casu isto succedatur matri an filiae?*

De jure communi non est dubium, quia postquam hereditas est adita, est proprium patrimonium filiae; nec de jure consuetudinario civitatis Neapolis in scriptis redacto, quia succeditur ultimo morienti, et ex textu dictarum consuetudinum apparet; et debere succedi filiae dicebatur pro parte Jacobi Caraccioli, non obstantibus verbis in dicta consuetudine nobilium appositis, omnia enim verba praedicta sunt apposita ad finem excludendi patrem a successione filiae in bonis maternis, non autem ad finem quod succedatur filiae vel matri, maxime quia consuetudo praedicta ad aliud non respexit quam ad excludendum patrem a successione filiae in bonis maternis, et quod bana rediissent excludo patre unde exierunt.

Ex adverso dicebatur verba dictae consuetudinis supra relata (2) esse clara in pluribus locis et a verbis consuetudinis praedictae non esse recedendum. Item dicebatur hoc clare dicere Nopodanum . . . Dicebatur insuper consuetudinem supra relatam nobilium equiparare quod adita sit vel non sit adita hereditas; sed si hereditas non esset adita per filiam non esset dubium quod

succederetur matri; ergo et eodem modo si sit adita hereditas.

Et ex praedictis per S. C. fuit decretum succedi MATRI ET NON FILIAE (3).

5. La stessa quistione è stata riprodotta per cagion dell'usufrutto dovuto al padre sopra i beni materni del figliuolo. Se costui muoia innanzi del padre, il diritto dell'usufrutto non si estingue tranne il caso in cui il matrimonio fosse contratto secondo il patto di Capuana e Nido. È questo il caso della celebre risoluzione CCCXLV del Reggente de Marinis. Per siffatta controversia fu tra noi allegata l'autorità della costituzione catalana, comunemente detta *de los impuberss*, la quale, somigliante ma non simile al nostro patto, riservava al padre la legittima quando per la morte del figliuolo si fosse verificata la chiamata de' congiunti materni. Ora la comparazione che il lodato autore istituisce tra lo statuto catalano ed il nostrale dimostra non solamente le differenze caratteristiche dell'uno e dell'altro, ma anche la diversità che passa tra una legge ed un patto.

Haec decisiones quidquid sit de illarum justitia, dicunt Nostrates, quod in hac civitate allegari non merentur: primo quia prolatae fuerunt in terminis dictae constitutionis, quae sic intellecta fuit, istamque recepi' interpretationem; mos autem nobilium platearum huius civitatis, attentis illius verbis, quibus enixe constat de extinctione usufructus patris in bonis maternis filii, contrariam recepit observantiam. Etenim hic casus singulis anni diebus apud nos contingit, et per tot saecula ab illo die quo mos iste fuit introductus, semper plenaria restitutio ad beneficium dotantium eorumque haeredum et successarum observata fuit. Quomodo ergo in praesentiarum posset tuta conscientia observantia haec in controversiam poni? Nan enim defuerunt in hac civitate, maxime in proximo superiori saeculo praestantissimi ac insimul admirabiles causarum patroni, qui haec omnia in dubium revocare

(1) *Addit. ad decis. CCCXXVII. Afficti.*

(2) Le parole sopra riferite sono quelle

del patto colla clausola *adita vel non adita hereditate.*

(3) *De Franchis decis. 92 n. 4 e 5.*

poterant, et tamen neminem de hoc dubitasse comperimus.

Secundo dicunt, satis differre constitutionem praedictam Catalauniae a more nobilium platearum huius civitatis; ibi enim succedit pater in legitima, hic ab illa prorsus excluditur, cum reali restitutione bonorum omnium maternorum sine molestia, et contrarietate quacunque, omnique exceptione remota; item ibi proximiores ex parte matris succedunt filio morienti; hic fingitur et succedant matri praefunctae, ac si filii nunquam in mundo fuissent. Si ergo ubi apud nos contractum est matrimonium juxta morem nobilium platearum, quando moriuntur filii in pupillari aetate, vel ab intestato quodcumque, habentur ac si non nati essent, sicque succeditur matri, et non ipsius filius, pelo ego quo jure qua lege quare ratione possit pater usus fructum praetendere super bonis, quae per mortem filii, non nisi uti existentia in patrimonio praefunctae uxoris judicantur? (1)

6. Tutti gli esposti principi veggonsi comentati e ripetuti da uomini di grand nome, nella controversia che diede luogo alla notissima consultazione sesta del Consigliere Giuseppe de Rosa. Disputossi allora tra' sig. Carlo e Federico Imperiali ed il marchese d'Oyra Michele Imperiali per la restituzione della dote di Aurelia Imperiali moglie del marchese di Monteforte. Carlo e Federico difesi da Giuseppe de Rosa, allora avvocato, pretendevano succedere al defunto figliuolo della dotata, Giambattista Loffredo; l'addosso Michele Imperiali difeso dal Reggente de Filippo, allora avvocato, affermava dover esseri a se restituita la dote per virtù del patto di Capuana e Nido. La causa fu finalmente compromessa in due valentuomini, il Reggente Marciano e lo stesso Consigliere de Rosa. Insieme colla persona de' giudici furono allora mutate ancora quelle degli avvocati, sì che al Reggente de Filippo succedette come avvocato il chiarissimo Francesco d'Andrea. Tutto ciò apparisce da un'allegazione di costui scritta per questa occa-

sione, nella quale insomma trattossi, se purificata la condition del patto si desse luogo a successione, o a restituzione; ovvero se a' buoni materni fossero chiamati i prossimi congiunti del defunto, o pure quelli de' genitori. Cotesta causa fa testimonianza della probità e candidezza d'animo, di cui era ornato l'egregio Giuseppe de Rosa, il quale avendo da avvocato sostenuto la ragione della legittima successione, eletto giudice dai suoi clienti pronunziò per la restituzione in forza del patto.

Quindi non per ripetere ciò ch'è stato già detto, ma per unire insieme quello che serve all'medesima dimostrazione, trascriviamo qui il luogo di Francesco d'Andrea, che è il più nitido commento della decisione CCXXXVII di Afflito e della XCII del President de Franchis: « Questo importava il patto di Capuana e Nido, e della consuetudine stessa, quando si deduceva in pactum, che sempre che si faceva il caso della successione, servata forma pacti, sempre s'intendeva esser caso di restituzione. E per conseguenza tuttociò che si era convenuto nel caso della restituzione da farsi secondo l'uso di Capuana e Nido, aveva luogo in ogni caso di successione, perchè ogni caso di successione secondo il detto uso s'intendeva caso di restituzione ».

« E che ciò sia vero si dimostra dalla detta decisione di Afflito 237, nella quale così nel caso che la dote si avesse da restituire alla donna, come nel caso che dopo la morte della donna le fossero succeduti i figli, e quelli poi morissero senza figli *ab intestato*, sempre si usurpano i termini di restituzione, e non mai di successione . . . Dunque anche nel caso che si abbia da succedere a' figli morti *ab intestato* dopo la morte della madre, sempre la dote si deve restituire a' chiamati, e sempre si dirà esser caso di restituzione . . . »

« Ecco dunque che sempre che si succede in virtù di detto uso, sempre si dice caso di restituzione, e non di successione ».

« Sono in fatti cose ben diverse il succedere e l'ottenere una cosa in forza di

un patto, perchè la successione propriamente si chiama, quando *succeditur in universum jus defuncti ex testamento, vel ab intestato*; non quando si succede in particular genere di beni, *et ex pacto*.... non potendosi giammai la successione deferire per patto 3.

7. Che il patto contenga una restituzione convenzionale e non una successione, è un concetto di Napodano nato col patto stesso. E per bene intendere la forza del suo argomento giova rilevare la connessione che è fra le tre seguenti verità: si succede al rinunziante, e non all'ultimo moriente: gli eredi non possono venire contra il fatto del defunto: la rinunzia è estintiva e non traslativa. Di fatti se s'inverte l'ordine del ragionamento, e l'ultima proposizione si lascia prima, si vedrà discendere da lei le altre come legittimo conseguenze. L'effetto del patto reale, o sia della rinunzia estintiva è, che il rinunziante tolga se di mezzo come se fosse morto: quindi gli eredi non possono da lui acquistare diritto: quindi nel caso che si verifici la condizione, si succede non all'erede, ma al rinunziante stesso: *Pone quod tempore receptionis dotum vir renunciavit uxori, vel (forse per) pactum seu stipulationem succedere filiis communibus intestatis decedentibus sine prole legitima in dotibus maternis, soluto matrimonio per mortem uxoris, quo casu habetur exclusus ac si esset mortuus, D. de leg. hered., l. si ex partibus in princ.; ubi acquiparantur omnisio hereditatis et mors §. si eadem res instit. de legatis, ove acquiparantur spernere legatum et mors Secundo quaero quid si quando vir renunciavit uxori, non sit habita mentio heredum an intelligatur provizum hereditus scilicet mulieris? Respondeo sic, nam omne pactum praesumitur reale non personale Tertio quaero qui intelligantur heredes uxoris post mortem filiorum in casu praemisso? ovvero qui*

intelliguntur heredes in dicta renunciatione virtute dictae conventionis? Su tale domanda dopo avere Napodano molto ragionato conchiuse. Respondeo quod filii qui successerunt matri in dote jure communi et cum sua causa, videlicet saltem lege conventionis argum. l. C. de fundis patrimonialibus, non autem successerunt in dicta renunciatione cum hoc esse non potuit, et per consequens nec pater ut dixi. Dicam ergo illos esse heredes n. r. in dicta renunciatione virtute dictae conventionis, qui succedere possunt eidem uxori filiis non extantibus, cum adveniente casu renunciationis non extant, sed mortui sunt, nec possunt dici succedere matri in dicta renunciatione, ut dictum est (1).

Lo stesso disse Giannangelo Pisanelli addente alla medesima glossa di Napodano: *Et sic nota conclusionem, quod quando maritus renunciat uxoris renunciationem, et propterea suis heredibus multo fortius si dicatur et heredibus dicta renunciatio est realis, et in tantum quod mortua uxore licet filii succedant, si postea moriantur, non succedit ipse pater, sed succedunt alii heredes mulieris, qui essent sibi successuri, filiis non extantibus, quia renunciatio generalis facit renunciantem haberi pro mortuo, et vide omnino pulchra verba Napodani infra de jure congrui in verbo emit de agnato renunciantem successioni, quia videtur se excludere de numero agnatorum, e vi si citano molti giuriconsulti e Napodano stesso in altri luoghi (2).*

Mariuo Freccia alla stessa glossa di Napodano: *Nota ex dictis hic, quod quando maritus renunciat uxori renunciationem et fortius quando in renunciatione fit mentio heredum, tunc renunciatio est realis, in tantum quod mortua uxore, cui filii successerunt, si postea moriantur, pater illis non succedit, sed succedunt alii heredes mulieris qui essent sibi successuri filiis non extantibus, quia*

(1) *Napod. ad Consuet.* si quis vel si qua de successione ab intestato verba praeterquam.

Napod. ad Consuet. si qua mo-

riens *Tit. de mul. hab. fil. in v. tantum. F. a pag. 110 e seg.*

(2) *Pisanelli n. 68.*

GENERALIS RENUNCIATIO FACIT RENUNCIANTEM HABERE PRO MORTUO. Vide Napod. infra de jure congrui verbo emit in 1. CONSUET. de agnato renunziante successioni, qui videtur se eximere (1).

8. La dottrina che si succeda al rinunziante e non all'ultimo moriente, del pari che la ragione dalla quale una tal dottrina dipende, era non solamente riconosciuta ma divulgata nel foro, siccome apparisce dall'autorità di Molfesio: *bene dixi pauca in hac quaestione de-*

promissis, prout pauca ponam, quoniam ex dictis g. praeced. praecipue resoluta apparet. Dico igitur succedi primo acquirenti, non autem ultimo morienti. Probatur facile hoc assumptum, siquidem filii non veniunt ad hanc successionem ex beneficio subingresso, et sic ex persona eorum matris, sed veniunt jure proprio, et ex propria persona, et tunc tantum succedunt, quando non adesse alter proximior in gradu, qui illos excluderet (2).

Conseguenze.

Per virtù del patto si succede a' genitori e non a' figliuoli morti nel caso della condizione;

Il patto fuori dal distretto deroga al diritto comune; dentro del distretto deroga alla stessa consuetudine *si quis vel si qua*;

Per la condizione che regge il patto, i beni passano sempre con un dominio revocabile, insino a che la stessa condizione venga a mancare;

Dove la condizione si purifichi i beni tornano a' coniugi o a' loro eredi, come se i figliuoli non fossero nati;

L'evento da cui la condizione dipende è, se non nasceranno figliuoli, o se nascendo mariranno senza discendenti;

Cotesto evento o rivifica il diritto de' rispettivi congiunti, o fa passare i beni a' discendenti nati dal matrimonio;

Se il secondo caso non si verifichi, il

ritorno de' beni è l'effetto della condizione;

Verificata la condizione le cose tornano nello stato in cui erano, prima della nascita de' figliuoli e del matrimonio;

Viene per tal modo a mancare il mezzo della congiunzione tra' parenti del lato materno e quelli del paterno;

Costoro non perdono un diritto acquistato, ma trovansi nello stato in cui erano prima di acquistarlo;

Il patto non è di successione, ma di restituzione;

È un patto di rinunzia non all'eredità d'un uomo certo e presente, ma d'un'incerta e non nominata persona;

Quindi tanto è il dire che si succede a' coniugi, o messo l'infruttuoso mezzo de' figliuoli, quanto è il qualificare il patto come un ritorno convenzionale sospeso da una condizione prettamente casuale.

V.

Il patto non è servo, ma è più della consuetudine.

I nostri antichi disceutarono se la regola di Capuana e Nido fosse un patto o una consuetudine; i moderni vorrebbero introdurre una nuova definizione, e darle una natura anfibia ed una figura composta di patto insieme e di consuetudine. Questa novella sirena, mezzo patto e mezzo legge, mezzo libera e mezzo serva, è per verità un mostro legale, il quale esce

dalla severità e dall'esattezza propria delle definizioni del diritto. Ma giuva meglio rispondere alle cose che alle parole.

Dimostrammo nel nostro primo discorso esser questo un patto, 1.^o perchè fondato sopra la scambievolmente rinunzia dei coniugi, 2.^o perchè in tanto era efficace, in quanto era ridotto in istipulazione, 3.^o perchè valeva anche pe' beni si-

(1) *Freccia* n. 74.

(2) *De renunciat. Quaest.* 15 n. 5.

ti fuori del distretto della consuetudine (1). Ora una quarta differenza caratteristica risulta da quello che poco fa abbiamo detto del ritorno convenzionale de' beni n' coniugi rinunzianti ed n' loro eredi, o messo il mezzo de' figliuoli. Imperciocchè per virtù della consuetudine *si quis vel si qua* succedevasi all'ultimo moriente, e non a colui dal quale i beni provenivano (2); il perchè è manifesto, che col patto s'introdusse non già una regola di successione, ma una preta o formale restituzione.

A tutte queste differenze aggiungiamo anche una quinta, la quale non è meno notevole delle precedenti. La consuetudine *si quis vel si qua*, §. *quod autem* ammette nelle linee collaterali, sia paterna, sia materna la rappresentazione *ultra filios fratrum*, nel che deroga alla disposizione del diritto comune: *intelligendum est de aliis in ulterioribus gradibus existentibus agnatis vel cognatis*. Ora una tal rappresentazione non essendo nè potendo essere infinita, è stata

estesa per costante interpretazione insino al quarto grado, cioè tra fratelli eugini sia di padre sia di madre (3).

Per l'opposito il patto di Capuana e Nido o era stipulato tra uomini del distretto della consuetudine, ovvero tra altri che vivevano col comune diritto. Nell' uno e nell' altro caso escludeva senza alcuna distinzione o limitazione di grado tutti i congiunti del lato opposto a quello d'onde i beni provenivano (4); sì che derogava tanto al diritto comune quanto alla stessa consuetudine, il che non può spiegarsi per le regole della successione legittima, ma per la forza del patto. E comechè questa differenza tra il patto e la consuetudine sia una conseguenza del principio, che non si succede al figliuolo ultimo moriente, ma al genitore rinunziente, pur tutta volta dimostra anche di per se, che non può dirsi il patto seguesse della consuetudine, se toglie i beni a coloro a' quali la consuetudine gli avrebbe dati, e se gli fa tornare a coloro che gli hanno dati colla condizione del ritorno.

Conseguenze.

Il patto non è nè consuetudine nè parte di consuetudine, nè servo della consuetudine;

È una convenzione *sui generis*, suggerita da' difetti della consuetudine;

La sua origine non può disnaturare i suoi caratteri legali;

Prende i suoi caratteri legali dalla natura delle obbligazioni condizionali;

Non si può scambiare colle regole della successione legittima, perchè esclude per modo di regola gli effetti della qualità ereditaria;

Non ha alcuna analogia, nè colla successione legittima del diritto comune, nè con quella dello statuto napolitano;

E quindi non può dirsi seguace dell' uno più che dell' altro.

VI.

È un patto reciproco.

Il primo argomento della reciprocazione del patto si rievava dalla stessa formula di quello; dappoiè si antepone la restituzione della dote, ed indi con una perfetta identità di sensi e di parole si ri-

pete la medesima disposizione a rispetto de' beni del marito, onde quelli non pervengano in nessun caso nè alla moglie, nè agli eredi, nè n' congiunti di lei: *nullum jus ejusdem uxori et suis habet*.

(1) *V. a pag. 130 e 131.*

(2) *Consuet. si quis vel si qua gloss. in v. proximiores, et in v. in bonis omnibus defuncti.*

De Franchis decis. 92.

(3) *V. Napod. gloss. n. 289 e 290.*

Carlo de Rosa glossograph. num. 621 e 622.

(4) *V. gli esmpi delle cose giudicate, riportati a pag. 129 e 130.*

redibus, seu matri suae ex materna linea ratione successionis debeatur, nec sit eis, vel alteri ipsorum quomodolibet acquisitus super bonis paternis ipsorum filiorum nec ei succedant, nec succedere debeant, nec ipsa uxor succedere debeat quouomodo, nec de bonis ipsis paternis suorum filiorum detrudere possit Trebellianicam, Falcidiam, etiam legatum debitum jure naturae etc.

2. Si appiglierebbe al suono materiale delle parole, o per dirlo co' vocaboli propri *verba caperet*, ebi desse un altro senso alle parole *nullum jus ejusdem uxori*, dappoichè non si tratta della successione della legge, ma d'un patto di rinunzia o sia d'un patto successorio negativo, il quale prende forza dalla volontà de' contraenti.

3. In fine del patto stesso e propriamente dove parlasi della rinunzia della moglie a' beni del marito si conchiude, *et sic partes ad invicem renunciaverunt per stipulationem et juraverunt*. Adunque la rinunzia ed il giuramento sono reciprochi e correlativi alle obbligazioni dall'uno contratte di rincontro all'altro.

4. Tanto è vero che la rinunzia ed il patto di ritorno non sieno ristretti alla sola dote, quanto è certo che l'effetto del patto si è sempre esteso anche a' beni parafernali, comechè di quelli non si faccia espressa menzione nel patto stesso. Carlo di Rosa nelle note alla consuetudine dice avere una volta sola dubitato il Sagro Consiglio, se l'effetto del patto si potesse estendere a' beni stradotali, ma essere stato un tale dubbio risolto, veduta la lettera del patto suddetto; nel che concordano tutti gli altri scrittori della stessa materia: *fuit quandoque anzie dubitatum in S. C. an pater excluderetur a successione filiorum non solum respectu dotium matrum, verum etiam respectu aliorum bonorum matrum. Difficultas oriebatur, tum ex dictis per Antonium de Alexandro*

*fol. 123, cum etiam quia Notarii hujus Civitatis attestati sunt usum Capuanae et Nidi excludere tantum patrem respectu dotium matrum, non aliorum bonorum, et ita dicere verba formalia illius usus, non prout hic cantant. Attamen de hoc non est amplius disputatum, cum per S. C. fuerit decisa patrem non solum a dotibus excludi, sed etiam ab aliis bonis maternis, et sic videtur S. C. habuisse pro claro ianc esse veram literam dicti usus (1). E nella glossografia: *contracto matrimonio secundum istum novum usum pater excluditur a successione filii non solum in dotibus, sed etiam in omnibus bonis maternis, ut diximus in apostilla marginali ad volumen consuetudinum hoc loco, prout et mater excluditur a successione filii etiam a legitima in bonis paternis et de novo quaesitis, cum adsit renunciatio vicissim, quae facit habere renunciantes pro mortuis, etiam si bona essent extra districtum; et quemadmodum hic usus excludit matrem, ita pariter excludit omnes descendentes ab ea forsan secundo nubente, et etiam collaterales matris (2).**

5. Se la rinunzia del padre fa avere come morti lui e i congiunti suoi, è manifesto che altrettanto operi la rinunzia della madre a rispetto de' beni paterni, dappoichè cotesta rinunzia è scambievole e non può produrre per l'uno effetti diversi da quelli che produce per l'altro. Quantunque le conseguenze non si dimostrino, perchè sono il risaltamento della dimostrazione, purtuttavolta ci piace confermare per l'autorità l'anzidetta conclusione: *Secundum morem Capuanae et Nidi*, dice de Bottis, *mater omnino excluditur a successione filiorum, quandocumque morientium ab intestato et sine liberis in bonis paternis, et quae pervenerunt filiis a linea paterna, in quibus succedunt proximiores ex parte patris: et e contra pater excluditur a*

(1) *Ad consuet. si quis vel si qua gloss. n. 195.*

Vedi anche Fabio d'Anna consil. 119 n. 23.

Consil. Theodor. alleg. 91 n. 23.

(2) *Glossograph. n. 518.*

Ant. de Alex. ad h. consuet.

Fab. de Anna cons. 118 n. 13 14 29 et cons. 119 n. 23 et cons. 92 n. 60. De Franchis decis. 491 n. 2.

successions filiorum, etiam quandoeumque decedentium ab intestato et sine liberis, in bonis maternis, vel quae pervenerunt a linea materna in quibus succedunt proximiores ex parte matris (1).

6. La medesima dottrina è inseguita da Molfesio: *Secundum disponit ut mulier recipiens dotem tam a patre, quam ab aliis personis, quae tenentur ipsam maritare, quas enumeravi in §. fuerat, inst. de action., teneatur renuntiare in beneficium dotantis, et ideo virtute ipsius renuntiationis mater omnino excluditur a successione filiorum, in pupillari aetate, vel alias quandoeumque ab intestato et sine liberis morientium; et in bonis paternis, et ex paterna linea perventis; proximiores ex parte patris, succedant. Sic etiam e contra, quia pater consimilem renuntiationem facere tenetur, excluditur a successione filiorum, quandoeumque ab intestato, et sine liberis morientium, et in ipsis bonis maternis, et ex materna linea obventis, succedunt proximiores ex parte matris, ut habetur in dicta capitulum re assumptione* (2).

7. Se si volesse la dimostrazione anche delle cose che sono ordinate dal diritto civile come conseguenze della giustizia e dell'equità naturale, diremmo che tutto quel che concederò l'uguaglianza dei diritti coniugali de' esseri di sua natura reciproco: quindi l'antica legge civile dopo avere concesso al marito il beneficio della competenza, o sia *in quantum facere potest*, ne ricava come per corollario: *quod et in persona mulieris aequa lance servari aequitatis suggerit ratio*. (3).

8. Se la stessa dimostrazione si voglia trarre da' giudicati, o sia dalla costante interpretazione che si è data alla lettera ed allo spirito del patto, ne diamo i seguenti esempi, i quali vanno per la bocca di tutti gli scrittori della soggetta materia.

Nel 1514 il Sagro Consiglio nella causa tra Vandella di Montefurte con Gianetto di Cunto decise questa controversia contra l'ava materna in favor de' congiunti del padre, sebbene il figliuolo nato dal matrimonio contratto giusta il patto di Capuana e Nido fosse morto dopo avere adito l'eredità del padre e della madre; e di tal decisione fanno menzione Antonio Capece nelle addizioni alla glossa di Napodano, il Reggente du Ponte, Fabio d'Anna, e tutti i posteriori scrittori (4).

La medesima controversia fu parimenti decisa in favor de' congiunti paterni nella causa di Fabio du Gatta, della quale fa menzione Fabio d'Anna (5).

Lo stesso esempio si ha nella causa tra il marchese di Larro il duca di Bisaccia Ascanio Pignatelli ed il marchese di Montefortin, la qual decisione è mentovata dal nostro giureconsulto Aguello d'Amato (6).

Un altro simile esempio si ha dallo stesso Amato nella causa tra Porzia Guevara, contessa di Potenza, ed Isabella Gesualdo contessa di Saponara, la quale come ava materna pretendeva succedere ne' beni paterni del nipote in pregiudizio della zia prossima congiunta del padre (7).

9. E finalmente acciocchè l'autorità degli esempi possa valutarci per la forza delle ragioni, sopra la quali sono quindi fondati, giova riferire i motivi che gli espositori del patto hanno addotto in sostegno di tutta le mentovate decisioni: Niccola Vincenzio Scoppa dice:

Ratio enim originis et conservationis bonorum favore lineae a qua bona obvenierunt non magis quoad renuntiantes ipsos, quam quoad descendentes et ascendentes ipsorum consideratur, ideoque idem utroque casu evenit respondendum, maxime quum idem usus non alicuius odio, sed tantum favore lineae et originis bonorum introductus. Ex quo

(1) *Jac. Ang. de Bottis. Adli. ad consuet. si quis vel si qua tit. 73*

(2) *Pars I. Cap. 1 n. 2.*

(3) *L. 20 D. de re judic.*

(4) *Ant. Capyc. ad Consuet. si quis vel si qua in hac glossa.*

De Ponte Consil. 61 n. 75 vol. 1. Fab. d'Anna Consil. 92 n. 39 vol. 1.

(5) *Fab. d'Anna Consil. 92 n. 60.*

(6) *Consil. 26 Cent. 1.*

(7) *Amato ibid.*

evenit ut tota parentum exclusio confluat in personas ejus lineae, in cujus favore facta exclusio est. (1).

E Cicerò Ursillo nelle addizioni alla decisione CCXXXVII di Afflittò: *Decernitur hic, quod mortuo patre cui filius successit, et mortua matre cui etiam filius ipse successit et ipse filius deinde, quod consanguinei sive proximiores ex parte patris admittantur ad bona paterna hujus filii, et cognati sive affines ex parte matris ad bona materna, et per consequens non sint confusae ac-*

tiones per aditionem hoereditatum tam patris quam matris, per filium societum. Ed in continuazione dello stesso argomento: *dominium rerum paternarum huic filio fuit retroeabiliter quaesitum, ex quo virtute consuetudinis proximiores ex parte patris in casu mortis hujus possunt avocare, quum sit quod filii videntur ista bona tenere sub quadam conditione virtute consuetudinis, sive ob causam, et adveniente conditione, sive causa cessante, cessat dispositio* (2).

Conseguenze.

Il patto è reciproco, come è reciproco la rinunzia de' coniugi;

La reciprocazione della rinunzia non ammette differenza per l'uno più che per l'altro;

La rinunzia toglie di mezzo ciascuno de' rinunzianti e lo fa avere come morto;

La rinunzia non è dettata dal solo favor della dote perchè comprende ugualmente i beni parafernali;

Se la rinunzia in favor della donna esclude de' beni materni di qualunque natura tutti i congiunti del marito, uopo

è che quella fatta in favor del marito escluda tutti i congiunti della moglie;

La reciprocazione della rinunzia è letteralmente scritta nel patto;

È indicata dallo scopo stesso del patto;

Non è stata rievocata in dubbio nè da alcuno scrittore, nè in alcuna delle tante decisioni pronunziate sopra questa materia, dal cominciare del decimo sesto secolo insino all'anno 1809;

La qualità dunque di patto reciproco risulta dalla lettera dell'obbligazione, e da tre secoli di costante interpretazione.

VII.

Risposta al ragionamento d' un contrario autore.

Un illustre autore noverò tra i nemici dell' esatto e severo ragionare, la dialettica e la retorica, delle quali una coonestà la fallacia degli argomenti, l'altra i prestigi delle parole (3). E però il miglior modo per iscoprire la verità d'un ragionamento qualunque è lo sciorire ogni sillogismo da' suoi rivestimenti; sì che per questa meccanica operazione sul discorso si faccia apparire la verità ed il rigor della dimostrazione. Si dice dunque:

1. Fu massima in tutti i tempi invariabilmente custodita ed anebe proclama-

ta nel real decreto de' 4 marzo 1817 e ne' reali rescritti de' 30 gennaio e 9 marzo 1822, che le successioni vadano regolate dalle leggi in vigore al tempo in cui si aprano. Ciò posto le leggi successorie colpiscono e regolano le successioni aperte in seguito della loro promulgazione, poichè la capacità a succedere è unicamente attribuita dalla legge, e solo al momento in cui la successione si verifica, devesi conoscere se coloro che vengono a parteciparvi, abbiano o no la qualità richiesta per raccoglierla.

(1) *Jo. Vinc. Scoppa schol. ad contr.* 49 *Merlini* n. 6.

Amato Consil. 26 n. 28 et 30.

Fab. de Anna Consil. 118, num. 14 et 17.

Theodor. Alleg. 79 n. 12.

(2) *Ursillo addit. ad decis.* 237 *Afflict. usq. ad* n. 3.

(3) *Bae. a Verulam. de augm. scient. lib. VI. Cap. III.*

Nessuno ha mai dubitato, che le successioni si regolino per le leggi del tempo in cui si aprono, nè era questo il luogo da ricordare una tal verità. La quistione versava circa un diritto di ritorno convenzionale, o condizionale insieme, stipulato per contemplazione di matrimonio. Adunque cotesta prima osservazione è straniera al soggetto della controversia, e fa dal suo principio deviare il discorso ad uno scopo diverso da quello al quale doveva essere indirizzato.

2. A chi muova intestato sotto l'impero delle attuali leggi civili; dovendosi riguardar questo solo tempo per la qualità de' suoi legittimi eredi, l'articolo 673 invita a succedere i zii o zio in qualunque linea si trovino, cioè quelli de' due lati paterno e materno.

L'articolo 673 delle leggi civili chiama certamente i congiunti paterni o materni che sono in ugual grado, se pur taluni di quelli non abbiano validamente rinunciato a questo loro diritto. Quindi la seconda osservazione è superflua come la prima o presuppone come vero ciò che appunto è in quistione: *ritiosum est pro argumento sumere quod in disquisitione positum est* (1).

3. Non si può escludere i zii materni sull'appoggio del patto di Capuana e Nido, eho possa contenersi ne' capitoli per le nozze de' genitori del defunto. Questo patto poteva rimuovere i congiunti dei contrattanti solo allora che reggevano le consuetudini e l'uso di Capuana e Nido, nel quale la successione consuetudinaria per linee, e con distinzione di beni determinavasi. Ma dopo il decreto de' 22 ottobre 1818, e le leggi de' 26 marzo e 21 maggio 1819 che abolirono le consuetudini generali o gli usi locali, l'appoggio o la causa efficiente e finale del patto sono cessati. Quindi invano potrebbero pretendere l'osservanza, specialmente contro coloro che patteggiatori non furono, nè dovevano esserlo. I diritti a succedere che accordano le leggi innovative, non possono dirsi offesi da antichi patti rinunziativi, i quali son sempre di

stretta interpretazione, nè è permesso estenderli *ad non cogitata*, ed a casi diversi da quelli che nella mente dei contrattanti all'epoca del contratto si concepirono: e molto meno si può a quei patti ricorrere allorchè una legge nuova tutt'affatto eangia lo stato delle cose, ed interamente contraria i calcoli ed i disegni de' patteggiatori.

Questa obbiezione contiene quattro proposizioni, di ciascuna delle quali conviene esaminar la verità, 1. il patto di Capuana e Nido poteva reggere solamente quando le consuetudini regolavano le successioni per linee o con distinzione di beni, 2. le nuove leggi civili hanno abolito le consuetudini, 3. i patti di rinunzia non possono offendere coloro che non v'intervennero, 4. cotesti patti sono di stretta interpretazione, o non possono essere estesi *ad non cogitata*.

La prima proposizione non è vera pei beni del distretto, se il patto ha un fine suo proprio, indipendente dalla consuetudine, il che è stato sovrabbondantemente dimostrato. Ma la stessa proposizione è certamente fallace in tutti i casi ne' quali il patto fu scritto po' beni fuori del distretto, com'è il caso presente. Quali erano le consuetudini che regolavano la successione per linee e con distinzione di beni nelle altre parti del regno, dove vivevasi col diritto comune? Ivi se alcuni avessero detto, *vogliamo vivere colle consuetudini di Napoli*, avrebbero concepito un patto nullo ed inutile. Ma ciò non ostanto potevano validamente maritarsi giusta la regola del patto di Capuana e Nido. Adunque la convenzione prendeva forza dal patto e non dalla legge (2).

La seconda proposizione è una generalità vera in astratto e di nessun uso nella controversia presente. Concediamo eho le nuove leggi civili abbiano abolito le consuetudini; ma hanno per ciò abolito i patti di condizionale ritorno convenuti prima della promulgazione del codice civile? Conveniva dunque dimostrar prima che l'uso di Capuana o Nido fosse

(1) *Ad Herem. lib. II. cap. 26.*

(2) *V. a pag. 131.*

una consuetudine e non un patto, se si voleva impugnare quello che si è per noi innanzi stabilito (1).

La terza proposizione è vera nelle rinunzie *personali* o *traslative*, e non già nelle *reali* ed *estintive*: è vera nelle rinunzie de' diritti che si hanno o si possono avere per beneficio della legge, ma non è vera nelle rinunzie di quei diritti che si possono acquistare per fatto di un terzo. Se colui il quale potrebbe comunicarmi il suo diritto se ne spoglia, manca in me il principio per dimandarlo. Chi nulla ha a nulla rinunzia (2).

La quarta proposizione finalmente è una conseguenza della terza. Se rinunzio ad un diritto presente, non si presume che abbia io rinunziato ad un diritto che sarò per acquistare per un beneficio non preveduto, sia della legge sia dell' uomo. Ma se nulla ho mai acquistato e se nulla avrei potuto giammai acquistare, può la legge avermi concesso quello che sono incapace di avere? In tutto l'anzidetto ragionamento è manifesto lo scambio che si è fatto delle rinunzie traslative colle estintive, o sia del patto personale col reale (3). Per la qual cosa avrehhesi dovuto proporre un'altra quistione, cioè se le nuove leggi abbiano renduto capaci di acquistare quelli che tali non erano, e se abbiano potuto offendere quegli altri che avevano acquistato diritto all' incapacità de' primi.

4. Il patto di Capuana e Nido mentre produceva la esclusione del rinunziante dalla successione a' beni derivati al figliuolo dalla opposta linea, era nel tempo stesso patto d' inclusione, avvegnachè in vigore della rinunzia di uno degli sposi, stabilivasi pe' beni della linea del rinunziatario un regolamento di successione tra i proximiori della stessa linea. Quindi venivano a stringere due patti successori a forma dalla consuetudine *si quis vel si qua*, che era il fondamento della successione secondo la regola *paterna paternis, materna maternis*. E fu comune insegnamento di tutt' i consuetudinisti che l' uso di Capuana e Nido s' inven-

tò per supplire e per ampliare quella consuetudine; per supplirla, togliendo di mezzo i genitori, che sopravvivendo al figliuolo interrompevano il corso della successione per linee, con distinzione di beni; per ampliarla, trasportandone la efficacia anello su i beni fuori distretto, nei quali succedevasi co' principi del diritto comune. Dal che nasce che i contraenti adottando l' uso di Capuana e Nido, adottavano anch' ella la consuetudine cui l' uso era famulativo: e quindi abolita la consuetudine e l' uso come uso, è caduto anche il patto, il quale non più sostenuto dall' uso, ha perduto ogni vigore, specialmente per rapporto a' congiunti dei contraenti, chiamati ora a succedere per proprio diritto non come eredi, nè come rappresentanti alcuno de' patteggiatori.

Il fondamento di tutto questo discorso è, che il patto di Capuana e Nido altro scopo non avesse, se non il torre di mezzo i genitori onde potesse correre senza impedimento la regola *paterna paternis et materna maternis*. Noi diciamo per l' opposto esser questo un error volgare, del quale non ha partecipato alcuno degli scrittori che hanno meritato fama di giureconsulti. Certamente Napòdauo, Aflitto, De Fanchis, De Mariis, Carlo do Rosa, ed il nostro autorevole Sagro Consiglio eran pure *consuetudinisti*, e ciò non pertanto professarono, così nel consultare come nel giudicare, una contraria opinione. Comune insegnamento di costoro fu, che il patto opera di per se, come una rinunzia condizionale.

Ma lasciando stare gli argomenti di autorità, i caratteri del patto non possono essere scambiati con quelli della consuetudine. Se si ammettesse l' ipotesi proposta, come si spiegherebbe che non succeda a' proximiori dell' ultimo defunto, il che è l' essenziale carattere della consuetudine? Come avverrebbe che si succeda sempre al rinunziante, e non mai agli eredi di lui? Come potrebbe quest' ordine di successione esser sempre lo stesso o che avessero o non avessero i figliuoli

(1) *V. dalla pag. 118 alla 131.*

(2) *V. a pag. 141.*

(3) *V. a pag. 140 e seg.*

adito la sua eredità (1)? Come si verificherebbe che cessano tutte le regole della rappresentazione stabilito dalla consuetudine (2)? Come finalmente potrebbe avvenire che il patto fosse validamente stipulato anche fuori del distretto della consuetudine, del che non si è potuto render ragione dagli stessi oppositori?

Se si voglia ricercare la prima cagione di tutte queste contraddizioni si troverà che l'errore giace nell' avere avuto la rinuncia de' coniugi come traslativa e non come estintiva, il che è contrario a' termini del patto, alla mente del suo inventore, ed alla giurisprudenza ricevuta.

5. Il patto di Capuana e Nido, animato dal voto de' paciscenti di conservare i beni nella propria linea, conteneva inoltre una sostituzione compendiosa eredita soprattutto indispensabile, per sommettere alla successione lineale i beni fuori distretto. Questa sostituzione oltre la autorità de' consuetudinisti più in credito è chiara per la formola dell' uso che i contraenti convertivano in patto. *Et ubi contigerit virum praemoris superstitis uxori ac superstitibus liberis ex dicto matrimonio uno vel pluribus postmodum filii ipsi morerentur, seu alter ipsorum moreretur in pupillari aetate vel post quandocumque ab intestato sine legitimis liberis et naturalibus etc.* Le parole in *pupillari aetate vel post quandocumque* evidentemente caratterizzano la sostituzione, che gl' interpreti e dottori sul fondamento delle leggi, 15 *D. de vulgari*, ed 8 *C. de impuber. et aliis substit.* chiamano compendiosa, perchè sotto il compendio de' tempi più sostituzioni si comprendono. Quindi la compendiosa contiene di necessità la pupillare o la fedecommissaria, la prima per diritto comune limitata sempre al tempo della pubertà, l'altra che ha il suo cominciamento dopo siffatto periodo della vita.

Cominciamo dalle omissioni di quelle parti del patto non trascritte, e dalle quali non portato dipende la sua legale definizione. Si è riferita la seconda parte della formola di Afflito trascurando la prima, concedè l'una all'altra i rapporti; quindi non si è esaminata la forza della clausola *adita vel non adita haereditate*, in che è riposto il patto di ritorno. E nella stessa seconda parte si è posto mente alle parole della condizione, senza passare alle altre che seguono: *quibus omnibus juribus ad invicem renunciaverunt per stipulationem et juraverunt*, le quali dimostrano essere il patto reciproco e correlativo. Chi tronca le diverse parti d' un discorso e separatamente l'esaminar, può in ciascuna legger quello che si propone trovarvi, senza fare idea del tutto, nè della conclusione, a cui conduce il seguito delle cose dette le une dopo delle altre.

Vuolsi in secondo luogo osservare che nella proposta obbiezione si è rilevato come argomento dell' inefficacia del patto la sostituzione compendiosa che in quello si racchiude, o di cui si è dato anziché la definizione (3). Ma questa sostituzione era una condizione e non una disposizione, il che differenzia il patto dalla successione. Imperciocchè gli eventi della nascita o della morte possono formare il soggetto delle condizioni come ogni altro incerto avvenimento, ed entrano in quella generica classe, *ut quid obtineas* (4). Per altra parte non può concepirsi come si abbia potuto ravvisare una sostituzione pupillare in un atto tra vivi. Insino ad ora abbiamo conosciuto fedecommissi convenzionali ma non sostituzioni pupillari per contratti; d'onde segue che se si scambiato la condizione colla sostituzione, ed il patto di ritorno col fedecommissario. Cotesto scambio non è nuovo, comechè sia stato in altre occasioni avvertito e riprovato dalla Corte Supre-

(1) *V. sopra a pag. 107 e 126.*

(2) *V. sopra a pag. 112.*

(3) *Se si volesse far qui un'academica dissertazione, pot. ebbe notarsi che la sostituzione compendiosa è stata così detta a compendio verborum et non temporum, perchè i tempi o l'età diverse*

che contiene, ne' diversi casi che racchiude, sono espressi in compendio verborum. Del rimanente siccome era superflua in questo luogo una tal definizione, così superfluo ne sembra il commento.

(4) *L. in factis D. de condit.*

ma; la quale nella causa del monte grande de' matrimoni annullò appunto per questo motivo la decisione della corte d' Appello di Napoli: Considerando, che somigliare il patto reversivo ad un fedecommissso è contrario a tutt' i sistemi logici della nuova legislazione. Il codice Civile coll' articolo 951 permette siniglievoli patti nelle donazioni. Or la legge sarebbe stata contraddittoria con se stessa, se reputando simini patti come fedecommissari, gli avesse permessi in un caso, e nell' altro no. E dunque pur necessità a dirsi, che avendoli permessi, qualunque sia il caso, non gli abbia mai ripuloti come patti fedecommissori, e e ha tanto abborrito, ed in ogni caso distrutto.

6. Quando i beni pervennero liberi al figliuolo della cui successione si disputa, perchè liberi rimasero dalla disposta contemplazione a favore dello rispettive linee, essendo stati aboliti i vincoli fedecommissari di ogni natura in mano agli stessi sostituenti coniugi non si può neppure sotto quest' altro aspetto escludere i zii materni.

Da falsi principi non può nascere se non una falsa conseguenza. Sono rimasti estinti tutti i vincoli di fedecommissso, ma non già i patti, le condizioni, e i diritti acquistati all' adempimento di quelli o alla verificazione di queste. Lo stesso errore ricorre sempre dal principio insino alla fine!

7. Non può reggero la teoria di un semplice ritorno, che dicessi stabilito nel patto di Capuana e Nido a favore dei proximiori di ciascuna linea, per modo che i beni al ritorno medesimo sottoposti non trovinsi nella successione del figlio allorchè la figurata condizione si avveri. Nell'uso di Capuana e Nido, ossia nella prima parte di esso, si parla di reversione per le sole doti; ma pe' beni paterni, e per gli altri beni materni oltre le doti, pervenuti al figlio che sen muoia intestato e senza prole, l' uso cui è relativo il patto, parla di successione, e non di ritorno, ne' seguenti termini—

Nullum jus ejusdem uxori, et suis heredibus et successoribus, seu matri suae ex materna linea ratione successionis debeat, nec sit eis vel alteri ipsorum quomodolibet acquisitum super bonis paternis ipsorum filiorum, nec ei succedant nec succedere debeant, nec ipsa uxor succedere debeat quomodocumque nec de bonis ipsis maternis suorum filiorum detrahere possit trebellianicam etc. quibus omnibus juribus ac successionebus ipsis, et legi imo debitis (1) dicta uxor, et sic partes ad invicem renunciaverunt per stipulationem etc., et juraverunt etc.

Qui è dove si è voluto distinguere il patto dalla consuetudine, e dividere la forza e la natura delle promesse. Dal perchè nella prima parte si parla del ritorno delle doti, e nella seconda si dichiara non competere alla moglie alcun diritto alla successione del marito, si è ricavato che il patto di ritorno è relativo alla sola dote. Ma per qual motivo la dote ritorna al donante nel caso che i figliuoli muoiano senza discendenti? Certamente per la rinunzia del padre il quale toglie se di mezzo. E perchè la madre rinunzia dal canto suo a' beni del padre e toglie anche se di mezzo con una perfetta e identica parità di effetto? La rinunzia è, o non è reciproca il dicono le due opposte parti del patto e la solenne formula della sua conclusione, *quibus omnibus juribus ac successionebus . . . uxor . . . et partes ad invicem renunciaverunt . . . et juraverunt etc.* In questa, come in ogni altra materia, si è variamente pensato e discettato, ma tra le tante opinioni che si leggono intorno al patto di Capuana e Nido non si trova quella che si è ora manifestata in contrario, e che dà al patto due diversi colori. Cotesta opinione ripugna ugualmente alla lettera di quello, alla sua natura legale, all' interpretazione ricevuta, ed a tutte le decisioni dei nostri antichi tribunali.

8. Secondo questa rimarchevolissima parte dell' uso ridotto in patto, è chiaro che i beni paterni pervenuti al figlio compongono la successione di costui. Dap-

(1) Si è mancato di trascrivere le parole in casu praedicto, nelle quali è ri-

posta la condizione.

poichè se tali beni per una supposta condizione di ritorno convenzionale avessero potuto sottrarsi dall' *universum jus* del figliuolo defunto, senza oggetto ed ozioso sarebbe stata la rinunzia della madre. Questa rinunzia fu stipulata precisamente perchè dopo la morte del padre i beni materni divenendo patrimonio del figlio, la madre, senza tal patto rinunziativo, non avrebbe potuto andar rimossa dal diritto di succedergli *ab intestato*.

Non intendiamo come possa credersi oziosa e senza effetto la rinunzia della madre, se questo era il solo mezzo per lo quale poteva farsi sparire il diritto di lei o de' congiunti suoi. E qui ci sia permesso osservare nel ragionamento che confutiamo una certa confusione tra l'effetto della condizione e della rinunzia. Ristabiliamo dunque l'ordine delle idee e gli elementi del giudizio: la rinunzia era condizionale, ed il ritorno de' beni n'era l'effetto, sì che quando i figli fossero morti senza discendenti *ab intestato*, i beni tornar dovevano al padre o agli eredi suoi, come se matrimonio non fosse stato contratto, o figliuoli non fossero giammai nati. Adunque rinunzia e condizione sono inseparabili, e sono la causa del ritorno. Infine laddove nella precedente obbiezione si era negato il contratto a rispetto de' beni paterni, in questa si presuppone la rinunzia, ma separandola dal patto si vuole limitarla alla sola successione de' beni del figlio. Dalla poca coerenza di questo ragionamento si vede che nell' animo di chi giudicò a questo modo mai non si formò un chiaro concetto, nè della quistione di diritto intorno alla quale dovevasi pronunziare, nè de' principi pe' quali dovevasi quella risolvere.

9. Trattandosi nell' enunciato patto non già di ritorno, ma di successione e di un modo particolare di succedere, ben lungi che dal patto istesso risultino i diritti questi per i proximiori di ciascuna linea, costoro non avevano che aspettative, speranze o diritti eventuali soggetti ad essere annientati dalle leggi innovative, che pria della morte del figlio nei figurati casi sopraggiungessero. In conseguenza non è lecito di sospendere l'imperio del novello successorio editto, il qua-

le mentre rigetta e riprova ogni patto che siagli opposto, assegna al figliuolo non più gli eredi lineali con distinzione di beni, ma eredi in grado eguale nelle due linee col divieto di ricercarsi la origine e la natura de' beni che la sua successione compongono. Ed all' uopo è notevole che il diritto a succedere non può giudicarsi nè consumato, nè perfetto purchè rimanga qualche cosa ad eseguirsi, o sia finchè alla morte di un uomo non si apra la successione a beneficio di coloro che possono per legge aspirarvi, nel qual caso la legge esercita la sua azione sull' accaduto sotto il suo impero, non già retroagisce sul passato. Oltretutto la contraria massima tenderebbe con grave sconcio politico a conservare per secoli una successione patizia, come se abrogati non fossero gli statuti e gli usi che la sostenevano, e dippiù lo stesso patto di Capuana e Nido si troverebbe annullato in parte ed in parte conservato: annullato pe' beni nel distretto, ove il patto era assolutamente famulativo dell' abolita consuetudine *si quis vel si qua*; conservato pe' beni fuori distretto, riguardo a' quali si è preteso che il patto non servisse allo scopo della consuetudine. E così la successione di un uomo la quale *est rerum intellectuale* e comprende tutto, andrebbe da diverse legislazioni regolata, cioè si deferirebbe a' successori designati dalle nuove leggi pe' beni infra il distretto, ed a' proximiori delle linee con distinzione di beni per quelli al di là del distretto, non ostante che i vincoli fedecommissari di ogni natura sien distrutti. Ciò conculcherebbe tutt' i principi del diritto.

Si è voluto definire per *espettative* e *speranze* i diritti che nascevano da capitoli matrimoniali de' coniugi sostituenti, e però si è conchiuso essere state quelle annullate dalle nuove leggi civili. Ma cotesta definizione è la conseguenza di tutte l' erronee premesse sin qua esaminate. Non sono nè speranze nè aspettative i diritti condizionali stipulati prima della promulgazione del codice civile. La condizione, dalla quale sono quelli sospesi, verificata dopo la promulgazione del codice, *retrahit* la loro esecuzione al tempo della stipulazione. E però tali diritti non possono essere nè distrutti nè modificati

senza violare o il vincolo delle obbligazioni o la fede della legge (1).

Cotesti inconvenienti sono gravi e degni dell'attenzione del magistrato, più degli *inconveni politici*, de' quali si è ragionato, e che sono estranei al diritto de' privati, ed all'equabile ministero della giustizia e del diritto. E per verità non sapremmo mai abbastanza ripetere che l'esagerazione è nelle mani degli uomini compagna inseparabile dell'imitazione! Nè sapremmo rendere a noi stessi ragione del perchè in Francia siesi mille volte ripetuto che le leggi *innovative* non hanno potuto derogare non dico a' patti, ma alle consuetudini secondo le quali i matrimoni fossero stati contratti; laddove tra noi si afferma che queste leggi abbiano distrutto i patti, i diritti acquistati, o quanto è di più sacro nelle civili e naturali obbligazioni.

10. Molto più erronea è l'altra dottrina di leggersi nel patto di Capuana e Nido una vera istituzione contrattuale a favor de' proximiori di ciascuna linea, istituzione che si vorrebbe non opposta alle nuove leggi. La istituzione contrattuale consiste nella nomina di un crede, non in testamento, ma in contratto, colla sola differenza, che mentre quello per atto di ultima volontà è revocabile ad arbitrio, la istituzione che si fa in un contratto par nozze impedisce all'istituente di poter disporre della sua successione in favor d'altri, ed in danno dell'istituito. Ma nell'uno e nell'altro caso l'erede nominato debb'esser certo, onde potesse egli nlogare un diritto quesito sulla successione dell'istituente; e dippiù è necessario che l'istituito sia uno dei paciscenti o de'discendenti da esso. Nella specie la successione de' patteggiatori doveva nella mente de' contraenti passare al figlio, nè vi ha istituzione a favore di alcuno de' proximiori di ciascuna linea, e molto meno di quelli che or sono in giudizio a pretendere la esecuzione del patto. L'invito de' proximiori è quindi stabilito non già in conseguenza d'istituzione contrattuale, ma per vigore del par-

ticolar modo di succedere per linee e con distinzione de' beni che ciascnno de' patteggiatori determinava *ad formam* della consuetudine e dell'uso che l'era famulativo, fatto il caso che il figlio, cui i beni de' suoi genitori pervenir dovevano in età pupillare o *ab intestato* senza discendenti morisse. Nel che è vano di raccogliere pe' proximiori sotto questa doppia condizione chiamati un diritto acquistato, poichè altro non istava per essi che una lusinga o un'aspettativa subordinata agli eventi che le cose durassero nello stesso stato, che essi fossero proximiori al tempo della morte del figlio dei patteggiatori, che costui morisse in età pupillare, o che morendo dopo non disponesse, nè avesse prole.

Per quanto è a nostra notizia, nessuno ha mai detto che il patto di Capuana e Nido fosse un'istituzione contrattuale, nè alcuno poteva dirlo senza sfigurare ciascuna delle due cose insieme paragonate. Si è ricavato sì bene un argomento di analogia dall'una all'altra (2). Se si è voluto credere che il diritto di succedere, in sino a che manchi qualche cosa alla sua perfezione, non può dirsi consumato; che una *successione pattizia*, stabilita prima della pubblicazione delle nuove leggi debba essere da quelle colpita ed annientata, osiamo noi domandare perchè in Francia sieno state rispettate tutte le antiche *istituzioni contrattuali*? Il paragone dunque è ne' principi e non già nelle cose.

11. Finalmente male si è sostenuto sull'appoggio del Real decreto de' 4 marzo 1817 che per esser valide le antiche rinunzie, tuttora efficaci esser debbono quelle contenute nel patto di Capuana e Nido. Le rinunzie contemplate nel suddetto Real decreto sono solo quelle che sotto l'azione delle antiche leggi far solevansi dalla dotata a pro del dotante, e i requisiti avessero di una vera transazione. Tali rinunzie nulla hanno di comune col patto di Capuana e Nido, nel quale i proximiori non intervenivano, nè alcuna cosa davano per va-

(1) *V. a pag. 163.*

(2) *V. a pag. 135.*

lidamente stipulare la rinunzia de' diritti successorii di ciascuno de' rinunzianti.

Si è creduto che il Real decreto de' 4 di marzo 1817 abbia inteso solamente rispettare le rinunzie che le donne dotate erano solite fare in favor de' dotanti, che abbia inteso rispettare quelle nelle quali concorrevano i requisiti d' una vera transazione, che non debba essere applicato al patto di Capuana e Nido, perchè con questo nulla si dava onde la rinunzia fosse valida. Ci sia permesso impugnare ciascuna di queste tre proposizioni.

VIII.

Errori di diritto ne' quali cadono le precedenti proposizioni.

Un ragionamento il quale tolga ad un contratto, l' effetto che gli dà la volontà delle parti contraenti, o che definisca un patto diversamente di quello che importano i suoi caratteri legali, turba non meno il titolo della convenzione, che le leggi le quali garantiscono la sua efficacia. Ora ciò appunto è avvenuto in quello per noi dianzi esposto, e brevemente confutato; dappoichè si è giudicato contro al senso letterale del patto di Capuana e Nido, dissaturando da una parte l' indole della convenzione, e negando dall' altra l' esistenza delle leggi che lo sostengono:

Si è definito come consuetudine un patto, che prende la sua forza dalla rinunzia e dal giuramento delle parti contraenti, andando contro allo strumento de' capitoli matrimoniali, e alle leggi che dichiarano legittimo un tal patto. Queste leggi sono la 6 del Digesto sotto il titolo *de Pactis* ed il Capitolo di Ferdinando il Cattolico del 1505:

Si è avuto come personale un patto reale, nel che si è violata la legge 7 ed il §. ultimo della legge 21 *D. de pactis*:

Si è dichiarato invalida una rinunzia di certi o particolari beni, fatta in favore d' incerte persone, nel che si è violata la legge 12 *D. de pactis dotatibus*, ed il real decreto de' 4 di marzo 1817:

Si è negato il ritorno de' beni a' rinunzianti o a' loro eredi, non ostante la verificazione della condizione, sotto la qua-

le il suddetto ritorno era stato pattuito: Si è scambiato il patto di ritorno col fedecommesso:

Si è detto che un diritto acquistato sotto condizione non è, se non una semplice aspettativa, la quale si regola non colle leggi ch' erano in vigore al tempo del contratto, ma con quelle del tempo dell' aperta successione; colle quali dichiarazioni si è violato il §. IV delle Istituzioni di Giustiniano *de verborum obligationibus*, la legge 2 §. 1. *D. qui potiores in pignore habeantur*, la legge 37 *D. de verb. oblig.*, l' art. 1132 delle leggi civili, e lo stesso strumento de' capitoli matrimoniali:

Si è detto che tra' patti d' un matrimonio contratto sotto l' impero e la fede delle antiche leggi, convenga distinguere le tacite dalle espresse obbligazioni, e le esplicative de' diritti perfetti e consumati; il che dicendosi si è in primo luogo giudicato contro l' espresso patto di rinunzia contenuto ne' capitoli matrimoniali, e si è in secondo luogo violato l' articolo 2 delle leggi civili, il quale articolo ha sottratto alla disposizione del nuovo diritto tutti i contratti perfezionati sotto l' impero delle leggi antiche.

A forza di ragionare e di portare la quistione colà dove non era, si è renduto inutile un patto per se stesso giusto, legittimo, e scritto per utilità del matrimonio; nel che si è sconosciuto il primo fonte delle umane obbligazioni, o sia l' articolo 1088 delle leggi civili.

Epilogo.

Sovrente l'errore e l'assurdo scoprono la verità meglio d'ogni altro diretto ragionamento. Sarebbe un errore della giustizia, che la nuova legge rompesse i legami, le obbligazioni e le parti d'un contratto stipulato sotto l'impero dell'antica.

Sarebbe un assurdo, che rimanesse fal-
lita la fede di coloro che hanno stabilito
la società coniugale coll'autorità d'un
patto, legittimo nel tempo in cui fu quella
conclusa. O gli effetti degli antichi con-
tratti sono immutabili, o la legge è in-
giusta. Se questa seconda conseguenza è
falsa, è vera la prima. Facciamo dunque
astrazione da qualunque specialità e ridu-

ciamo la questione a termini più semplici:
può una nuova legge annullare i patti d'un
matrimonio, ch'eran validi e legittimi
nel tempo in cui fu quello contratto? In
Francia tanto gli autori stessi della leg-
ge quanto la giurisprudenza hanno rispo-
sto negativamente; appo noi per l'opposito si
è voluto sostenere l'affermativa. Vaghi della
simmetria e dell'uniformità dell'esecuzio-
ne vorremmo che i fatti consumati si aves-
sero come non avvenuti, che le genera-
zioni passate vivessero come le future, e
che si togliesse agli eredi un diritto ac-
quistato e trasmesso loro sotto la garen-
tia della legge e della pubblica fede.

DISSERTAZIONE VI.

DE' PATTI CONDIZIONALI.

Cum de eo jure mihi dicendum sit, quod pertineat ad omnes, quod constitutum sit a majoribus, conservatum usque ad hoc tempus, quo sublato, non solum pars aliqua juris deminuta, sed etiam vis ea quae juri maxime est adversaria judicio confirmata esse videatur; video

nammi ingenii causam esse, non uti demonstratur quod ante oculos est, sed ne si quis vobis error in tanta re sit objectus, omnes potius me arbitrentur causas, quam vos religioni vestrae defuisse.

CIC. PRO CASC. C. 11.

Argomento.

Se un diritto acquistato per virtù d'un contratto, e del più inviolabile tra' contratti qual è il matrimonio; se questo diritto riconosciuto e protetto dalla legge di quel tempo nel quale fu pattuito possa essere distrutto da una legge posteriore; se la legge possa aver due fronti come Giano o due trombe come la Fama, e possa imperare all'avvenire ed al passato, sono quistioni, che non riguardano una sola particolar controversia, ma che a tutte in generale si appartengono. Che la legge non possa avere effetto re-

troattivo, è una verità riconosciuta in diritto, ma sovente contrastata in fatto; quindi per colorare il visio della retroattività si scambiano gli effetti d'un'obbligazione con quelli d'un titolo di successione, si confondono gli eventi delle condizioni colle incerte speranze delle leggi, e si giugne insino ad affermare che gli stessi patti del matrimonio possano essere, contra la volontà de' contraenti, distrutti per la sopravvenienza d'una nuova legge.

I.

INDOLE E CARATTERI LEGALI DEL PATTO DI CAPTANA E NIDO.

Ricordo dell'origine del patto.

Per annodare insieme l'origine co' principi del patto, rammentiamo che Napodano nel XIII secolo fu il primo a suggerire una tal cautela, onde i beni paterni, in difetto di discendenti, si restituissero a' rispettivi eredi, rimosso l'ostacolo che frapponavano le persone de' genitori. Tre mezzi seppe egli prevedere come propri ad ottenere l'intento, o la prescrizione, o la morte civile e naturale, o una rinunzia, alla morte equivalente; e dappoichè l'ultimo solamente era praticabile, fu nella rinunzia trova-

ta la cautela atta a conseguire il fine della restituzione.

Il tempo in cui cominciò una tal cautela ad essere adoperata, fu coeguale se non più antico del suo inventore. Certamente la regola *paterna paternis* è più antica della consuetudine *si quis vel si qua*, e verisimilmente il patto fu introdotto per derogare all'equità del diritto civile che negare non sapeva a' genitori la luttuosa eredità de' figliuoli. Ma chechè sia di tale opinione della quale abbiamo altrove detto, l'analisi che Napoda-

no fece dello spirito e degli effetti di quella in diversi luoghi de' suoi comment, dimostra esseresi allora un'usanza ricevuta più che una teoria di diritto. Certamente era divenuta frequente molto tempo innanzi ad Antonio di Alessandro che fiorì verso la metà del xv secolo, e fu consigliere sotto Alfonso I. e presidente del Sagro Consiglio sotto Ferdinando d'Aragona suo figlio. Quest' illustre magistrato attesta aver due volte deciso per lo ritorno della dote a' congiunti materni, giusta il senso de' capitoli matrimoniali alla nuova maniera, e nelle sue chiose alla glossa di Napodano svolse con pari verità ed acume le quistioni derivate da' luminosi tratti di quel primo maestro.

Da quel tempo in poi il patto di Capuana o Nido cammina sempre verso di noi, e passa per le mani di scrittori più conosciuti nell' uso del foro. Di questi ciascuno ha inteso interpretare Napodano, e nessuno ha osato contraddirlo; ma lo

studio loro non è stato sempre puro, nè l'interpretazione è stata scevra dall' interesse dello cause, le quali sono la vera sorgente delle probabilità della giurisprudenza, e dell'incertezza delle forensi opinioni. D'onde dunque ricaveremo la vera indole del patto e i suoi caratteri legali? Le decisioni de' magistrati non solamente coronano o riproovano le opinioni degli alleganti, ma sono rivestite d'una presunzione di diritto, e d'un'autorità legale ch'è maggiore delle singolari opinioni de' dottori. Il consenso poi o sia l'uniformità di tali decisioni contiene la verità dimostrata, o sia l'interpretazione delle leggi, purificata da ogni dubbio di errore, e fregiata d'una autorità uguale a quella della stessa legge. Laonde la rigorosa analisi de' principj di Napodano, comprovata dalla veneranda autorità del S. Consiglio, sarà il solo fonte dal quale deriveremo l' indole, il fine, e i caratteri del nostro patto.

Esposizione de' principj di Napodano.

I quesiti di Napodano che illustrano tutta la materia del patto di Capuana e Nido possono ridursi a due principall' tomi; cioè alla natura della rinuncia, ed agli effetti di quella.

Quanto alla prima giova aver presente ne' suoi propri termini il problema di eni propose a se stesso la soluzione: « Come può ottenersi che il padre o la madre non esista? Merchè della rinuncia. E qual sarà la forma di tale rinuncia? Un patto di rinuncia per istipulazione, in virtù del quale il marito nel tempo in cui riceve la dote rinunzia a' beui materni, nel caso che i figliuoli morissero intestati e senza legittima prole, come se il rinunziente fosse morto, e per modo che l'omissione volontaria dell'eredità sia in questo caso equiparata alla morte ». Questa è quella rinuncia che gli scrittori della seguente età hanno chiamato *extintiva* ed *abdicatoria*, nomi e qualità che esattamente le convengono, ma de' quali non vogliamo in questo luogo servirci, perchè i suoi effetti spiegati dallo stesso Napodano rendono superflua ogni altra assimilazione e qualunque argomento di analogia.

E passando di poi agli effetti, lo stesso

autore andò per diversi quesiti dichiarando quel che avrebbe potuto rimaner dubbio pel compendioso significato del vocabolo rinuncia.

1. Ed in prima « se nella rinuncia non siesi fatta menzione degli eredi, dovrà intendersi provveduto anche a costoro ed a quali eredi? Agli eredi della moglie, risponde l'autor della glossa, per la regola di diritto: *plerumque tam heredes nostris, quam nobismetipsis cavemus*.

2. Ma qualisaranno gli eredi della moglie dopo la morte de' figli? Non i figli, perchè il caso che si presuppone è appunto la morte de' figli senza discendenti. Non il padre, perchè la sua rinuncia non può essere per se operativa d'un contrario effetto, ma dee giovare ad altri fuori di lui ».

3. Quali dunque saranno gli eredi del diritto acquistato colla rinuncia? I figli non possono essere gli eredi del diritto rinunziato perchè succedettero nella dote alla madre per diritto comune, *ma cum sua causa et salva lege conventionis*, e questo a somiglianza di quel che avviene pe' fondi patrimoniali ed enfiteutici, l'utile dominio de' quali torna al

diretto padrone ». E qui notisi pure in lode di questo egregio autore la nitida gradazione de' questi ch' egli stabilisce, quasi per guidare il lettore insino all'ultimo nodo della controversia: si resta per poco dal dir quale sia l'erede, per premettere quale non possa dirsi erede. La cosa è passata a' figli colla condizione che l'era locrente, e però il sapere a chi la cosa tornar debba dipende dal conoscere la natura della stessa condizione. Quindi cotesta risposta predispone l'idea del ritorno, e comincia a rimuovere quella dell'eredità.

« 4. Dirò dunque, soggiugne Napodano, saranno eredi della moglie nella rinunzia, per effetto della coesistenza quegli stessi che potrebbero a lei succedere se non esistessero figli; imperciocchè questi non trovansi esistenti nel tempo in cui si verifica l'evento colla rinunzia preveduto, o perchè non nati, o perchè già morti ». I due casi dunque o che non nascano o che muoiano nella condizione sono perfettamente equiparati, per modo che rivive il diritto di que' congiunti che sarebbero stati gli eredi, se matrimonio non si fosse fatto.

« 5. Ma nel proposto tema è valida l'anzidetta rinunzia? Sembra a prima vista di no, perchè non vale la rinunzia ad un diritto che non ancora si è verificato ».

« Ma dee dirsi che valga perchè ciò che non reggerebbe nel caso d'una semplice rinunzia, regge in una rinunzia reciproca ».

« perchè non è vietata per legge la rinunzia de' particolari diritti futuri ».

« perchè la cosa futura allorchè diviene nostra, si retrotrae al tempo del contratto, per la ragione della legge *nee emptio D. de contr. empt.* ».

Queste tre ragioni contengono altrettante nozioni dichiarative della natura e degli effetti della rinunzia. Non è una rinunzia universale, ma di certi e determinati beni: se anche la rinunzia fosse vietata come unilaterale, vale in questo caso perchè reciproca: le cose future si hanno come presenti allorchè la condizione congiunge il tempo dell'evento a quello del contratto. Quindi tanto è che i figli non nascano, quanto che muoiano nel caso della condizione, e tanto è che

il matrimonio si faccia quanto che non si faccia, allorchè le cose tornano nello stato in cui erano prima del contratto nuziale.

« 6. Nè fa ostacolo che il patto sembri essere della natura di quelli che diconsi di futura successione, giacchè si è pattuito, non già di non succedere all'eredità de' figli, ma di non succedere ad una certa cosa, cioè ad una certa dote, e però non è vietata la successione negli altri beni. Inoltre sebbene non vallesse il patto che il figlio non succeda al padre, ciò non ostante è valido il patto che il padre non succeda al figlio, come dalla legge *Factum C. de collat.* ».

L'obiezione che a se stesso fa maestro Napodano, e la sua risposta tendono a dileguare ogni odiosa nota che avrebbe potuto farsi al patto, dappoichè i soli patti universali dell'eredità dell'uomo vivente, e non i particolari di certi beni, nè quelli intorno all'eredità d'incerte persone, erano dalle leggi romane vietati. Or esclusa la qualità di patto *necessario*, e rafferzata l'altra di restituzione di certi e determinati beni, resta interamente dichiarata la questione del come si succeda nel caso della verificata condizione, e del modo onde debba interpretarsi il vocabolo eredi.

« 7. Per la qual cosa nella proposta questione quando il marito ha fatto la rinunzia in favor della moglie e degli eredi di lei, mediante il patto di non succedere nella dote, allorchè sciolto il matrimonio per morte della moglie, i figli muoiano intestati, dico che nella detta dote succederanno i congiunti della moglie, i più prossimi per parte del padre (se pure la stessa dote non le fosse pervenuta da parte della madre); giacchè essendo stata la detta rinunzia concepita a rispetto della moglie e per gli eredi di lei nel caso della mancanza de' figli; un tal caso è già avvenuto. Adunque sembra che si fosse trattato, e di quelli eredi in realtà trattosi, i quali sarebbero stati i successori della moglie, se non avessero avuto esistenza i figliuoli ».

Questa è la soluzione finale del quesito e la somma di tutti gli effetti della rinunzia. Ora la luce che gli enunciati luoghi di Napodano diffondono sopra tutte le questioni della causa è tale, che con-

viene avergli sempre come goida nel giudicare della verità di ciò che dopo di lui è stato deciso. In sostanza :

1. cercasi il modo di non far esistere i genitori , e questo modo è riposto in una rinunzia che equivalga alla morte naturale o civile ,

2. la rinunzia è retta dalla condizione , se i figli moriranno in età pupillare o in qualunque tempo *ab intestato*, senza legittimi discendenti ,

3. la rinunzia non è universale , nè contiene patto di non succedere , ma risguarda certi e particolari beni ,

4. se si verifichi la morte de' figli , la quale è l'evento della condizione , i beni tornano a quei prossimi congiunti che sarebbero stati i successori del coniuge , se i figli non fossero giammai nati.

Da ora in poi chiameremo queste quattro proposizioni i caratteri primitivi del patto , per distinguergli dalle conseguenze che ne ha derivato la giurisprudenza , sia sviluppando le verità ch' erano implicite ne' principi stessi , sia spiegando quel che non era espresso , e che ora coerente al fine della proposta cautela.

II.

Applicazione de' primitivi caratteri del patto alla formola di Affitto.

Sin qua abbiamo esaminato il patto nascente ; consideriamolo ora adulto e propriamente nello stato in cui lo raccolse Matteo degli Affitti , la cui formola si è evute come autentica da tutti gli scrittori della materia , ed è stata da' nostri tribunali ricevuta come il testo della *nuova maniera*. Scomponendola ne' suoi diversi membri nulla in essa si trova che non sia ne' principi di Napolano a rispetto della rinunzia e della restituzione de' beni a coloro che sarebbero stati gli eredi de' coniugi , se matrimonio non si fosse contratto. Tre cose specialmente dimostrano che scopo della formola del patto fu il determinare gli effetti de' suoi primitivi caratteri : la prima è che se i figli superstiti muoiano nel caso della condizione , debbasi sempre effettuare la restituzione della dote a' congiunti materni , abbiano o non abbiano i figliuoli *adito* l'eredità della madre : la seconda che la restituzione debba farsi , quantunque altri fossero scritti eredi de' figli per virtù di sostituzioni pupillari : la terza , che tutte le disposizioni del patto per la restituzione della dote , sono nel converso caso ripetute in favor della linea paterna pei beni del padre.

La prima spiegazione non è se non una conseguenza de' principi stessi di Napolano , dappoichè se si pone per vero , come è , che la rinunzia fu fatta in favor della moglie e de' suoi eredi ; che fu retta da una condizione la quale lasciò in sospe-

so il diritto de' congiunti insino a che l'evento non si compiesse o non mancasse ; e che i figli avevano ricevuto i beni *cum sua causa et salva lege conventionis* ; è manifesto altresì che il fatto dei figli non poteva nè arrecar pregiudizio al diritto de' congiunti , nè mutar la causa o sia la condizione , colla quale i beni stessi erano stati loro trasmessi. E però l'adizione dell' eredità non poteva comunicare diritto di successione agli eredi de' figliuoli insino a che rimaneva in sospenso la condizione.

La seconda , o sia che la sostituzione pupillare non dovesse impedire la restituzione de' beni fu un trovato della giurisprudenza per evitare la frode ; imperciocchè si legge nella formola del patto tra l' eccezioni che potrebbero frastornare la restituzione e che si ebbe cura di prevedere : *ipsas dotes quicumque heres dictorum filiorum procreandorum ex matrimonio supradicto eis vel ab intestato vel ex pupillari substitutione , vel aliquo jure quocumque succedens , heredibus et successoribus dictae uxoris restituere teneatur*.

E per verità avrebbe potuto il padre per via della sostituzione pupillare dare al figliuolo un altro erede in pregiudizio del prossimo congiunto della moglie , al quale dovevano essere restituiti i beni nel caso che quegli morisse in pupillare età. Per la qual cosa derogando il patto , non meno alla disposizione del diritto comune , il

quale permetteva di sostituire pupillarmente al figlio anche nella dote della madre, che alla finzione della legge per la quale il testamento del padre era considerato come testamento del figlio, dispose che la condizione della restituzione non intervenisse se non nel caso del testamento proprio del figliuolo, e della morte con legittimi discendenti. La seconda spiegazione dunque fu un'interpretazione della mente de' contraenti, e fu suggerita dall'intento di render sicura la restituzione in ogni caso, servendo così alle stesse parole del patto, *in pace, sine molestia, et contrarietate quacunque ac omni exceptione remota*.

La terza spiegazione finalmente nasce dalla natura stessa del patto. Schiene questo fosse da prima dettato dall'interesse di conservare le doti alle famiglie donde uscivano, pur tuttavia non avrebbero potuto per altro mezzo conseguire il fine, se non facendo consentire la moglie in favor de' congiunti del marito a quel medesimo vantaggio che costui prometteva a' congiunti di lei. Abbiamo già veduto che negli stessi primi cenni di Napodano è adottata la ragione della reciprocazione. Certamente non altro egli intese dire quando sostenendo la validità e l'utilità del patto rilevò, che

il consenso de' due coniugi era atto a sanare anche qualunque vizio che avrebbe potuto ravvisarsi in una rinunzia semplice (1). Imperciocchè ogni rinunzia, comechè semplice, abbisogna sempre del consenso di due, della parte cioè che la fa e di quella che la riceve, e però in questo senso cesserebbe la forza della comparazione tra la semplice e la reciproca. Ed in fatti Napodano sostiene una tal differenza coll'autorità della legge *I C. de pactis*, la quale dichiara valido il patto de' fratelli che rinunziano e compensano i vicendevoli diritti fondati sopra incerti avvenimenti, per la ragione che simili patti tendono alla comune concordia e tranquillità; ragione generalmente vera in diritto, perchè costantemente ripetuta in tutti gli altri esempi di contratti, ed anche di atti reciproci di ultima volontà (2).

Adunque le tre spiegazioni che i giuriconsulti autori della formola fecero al primo concetto dell'invenzione del patto non contengono se non l'applicazione dei suoi principi alla pratica, o sia furono altrettanti dichiarativi fatti a consiglio d'uomini periti, onde rendere la sentenzia sempre coerente al fine che le parti contraenti si proponevano.

III.

Uniformità tra Napodano e la giurisprudenza del nostro Sagro Consiglio.

Credemmo altra volta che la sola decisione 237 di Matteo degli Afflitti bastasse a fare testimonianza della giurisprudenza del Sagro Consiglio, come quella che illustra la massima sostanziale del patto, che i beni cioè tornano a' rispettivi congiunti de' coniugi, abbiano o non abbiano i figliuoli adito l'eredità de' loro genitori. Ma dacchè, abbiain veduto

non solamente riprodotte, ma tenacemente sostenute in contrario quelle stesse controversie che l'enunciata massima risolve, quasi che la decisione di Afflitti fosse una singolare opinione di qualche oscuro dottore, uopo è darle quel corteggio che merita il nome di quel grande uomo e la veneranda autorità del Sagro Consiglio.

(1) *V. sopra a pag. 182.*

(2) *L. de fideicommissis II. C. de transact.*

L. 12 C. de inoff. test.

L. quod autem §. si vir de don. inter vir. et uxor.

l'eccezione di Antonio d' Alessandro.

Alquanto prima di Matteo d' Afflito, Antonio d' Alessandro attesta aver due volte deciso insieme col Sagro Consiglio, al quale allora presedeva, nel senso della glossa di Napodano. Ma di queste due decisioni ricorda solamente la seconda, per la quale il S. C. ordinò che la dote di Margherita Capano moglie di Antonello Brancaccio fosse restituita a Carlo Capano di lei fratello in esclusione degli eredi di Giandommaso Brancaccio, il quale era morto dopo ambo i genitori. Coloro che pretendevano succedere a Giandommaso assumevano la qualità ereditaria di

lui, sì che decisi dire che avesse egli adito l'eredità de' genitori. Cominciavamo da questo punto a rilevare le circostanze di fatto, delle quali il progresso dimostrerà l'importanza: abbiamo in questo caso, morte de' genitori prima del figliuolo, adizione dell'eredità, e restituzione di beni a' congiunti del lato materno che venivano colla qualità di congiunti e non di eredi. Il presidente d' Alessandro fece, infine del suo commento, la salutare avvertenza o contemporanei e a' posteri: *tene menti pro his quae quodidie accidunt.*

Decisione di Antonio Capece.

Gli stessi principi e le medesime conseguenze applicate anche a' beni paterni, si ricavano dalla decisione profferita dal S. C. nel 1514 nella causa tra Vandella di Monteforte o Giannetto de Cunto, di cui se' menzione Antonio Capece, scrittore della fine del xv e de' principi del xvi secolo. Trattossi allora dell'eredità di Pietro Gambacorte al quale erano premorti i genitori, che contratto avevano il matrimonio alla nuova maniera. Vandella di Monteforte sua avola materna

pretese succedergli ne' beni sì della madre, come del padre eomo prossima congiunta del uipote; ma il Sagro Consiglio distinguendo gli uni dagli altri, diede all'avola i primi, ed ordinò la restituzione de' secondi in favor di Giannetto che rappresentava la persona di Lucrezia Caudida zia del defunto Gambacorte: ragione di tal decisione fu che non poteva l'avola avere diritto maggiore della figliuola, la quale se fosse stata vivente, sarebbe stata esclusa per virtù del patto.

Decisione di Afflito.

La rinomatissima decisione cxxxvii di Afflito, alla quale dobbiamo la conservazione della pura formula del patto, presuppone il seguente caso: muore il padre lasciando superstiti la moglie ed il figlio: accetta costui l'eredità paterna senza inventario: muore indi la madre, ed il figliuolo confonde nella sua persona i diritti di ambe l'eredità: muore finalmente il figlio intestato e senza discendenti: si domanda a quel de' collaterali fosse dovuta la dote della madre, a' prossimi congiunti del figlio ultimo a morire, ovvero ai più remoti congiunti della madre già morta? Il Sagro Consiglio unanimemente decide in favor de' più remoti, o sia degli eredi della madre e non del figliuolo. Se taluno de' giuriconsulti viventi si eredesse maggiore del nostro Matteo o del Sagro Consiglio di quel tempo, prime ci

dimostrò erroneo o difettoso il ragionamento di quella sentenza, e poi pretendeva di scuotere la sua autorità. L'adizione dell'eredità, disse il Sagro Consiglio, induce confusione ed unione de' beni paterni e materni, ma non soddisfazione, giacchè le dote pervenne al figlio con un titolo revocabile, cioè sotto la condizione se egli non morisse intestato e senza discendenti, verificandosi il quale caso si verifica altresì il diritto de' congiunti materni per virtù dell'uso alla nuova maniera, contenuto nello strumento dotale. Rammemora Afflito che la medesima questione fu allo stesso modo decisa nella causa di Margherita Capano e di Giandommaso Brancaccio, ch'è quella di cui parlò Antonio d' Alessandro. Ora in questo ragionamento abbiamo la soluzione di tutte le questioni proposte da Na-

podano, fatta pe' medesimi principi, o con una perfetta identità di argomenti. La condizione che accompagnò la rinunzia è di sua natura risolutiva: questa condizione regge tutti i casi, o che il genitore muova prima o dopo de' figli, o che i figli adiscano o non adiscano l'eredità de' genitori prima defunti, o che

l'adiscano con beneficio d'inventario o senza: quindi il dominio de' beni passa a' figli per un titolo rinvocabile, e quando la condizione si verifici si risolve il contratto dotale e i beni tornano a coloro che sarebbero stati gli eredi della moglie se matrimonio non si fosse fatto, o se figli non fossero nati.

Decisione di Pisanello.

Giannangolo Pisanello, che si scontrò cogli ultimi nuni d'Afflitto attesta essere stata ne' medesimi termini decisa dal consigliere Niccolò Maiorana agli 8 di settembre del 1316 una simile questione, nella causa tra le nobili persone Feliciano di Gennaro e Notar Giacomo di Ca-

ro; e siccome un tal esempio fu da lui notato alla margine della glossa di Napodano, per concordanza colla decisione di Afflitto; ensi dee dirsi che i medesimi articoli di diritto furono per la seconda o per la terza volta solennemente confermati.

Decisione di de Franchis.

Nessun'altra decisione, più della xcii del presidente de Franchis, è stata uè più sovente, nè con maggiore ragione citata nelle controversie nate intorno all'intelligenza del patto di Capuana e Nido, dappoichè determina il principal carattere di quello. E sebbene nulla aggiunga alla decisione di Afflitto, purtuttavolta ha sopra tutte le altre decisioni quella stessa superiorità che l'espresso ha sul tacito o sull'implicito. La questione allora agitata, fu se, verificata la condizione, si succedesse al figliuolo ultimamente defunto, ovvero al genitore già morto.

Eleonora Caracciolo contratto aveva matrimonio alla nuova maniera, dal quale ebbe una figliuola Porzia Carafa. Morto già prima il padre, ed indi la madre, Porzia adì l'eredità di costei; ma essendo anch'ella trapassata senza testamento e senza discendenti, rimasero superstiti l'avola materna, e le sorelle di Eleonora, le ragioni delle quali erano rappresentate da loro figli superstiti. Per stabilire il principio della successione faceva uopo sapere di qual'eredità si trattasse, se dell'eredità della figlia Porzia, o di quella della madre Eleonora, o sia se si dovesse a colei o pure a costei succedere. La causa fu decisa la prima volta agli 8 di febbrajo del 1376, e la seconda a ruote giunte a' 10 di marzo del 1384: in entrambe le decisioni il Sagro Consiglio stabilì e confermò la massima, suc-

cedi matri et non filiae. Ma più notabili delle due anzidette sentenze sono le ragioni per le quali fu così giudicato.

Per diritto comune, disse il S. C., non sarebbe dubbia la soluzione, dappoichè l'eredità una volta adita, è divenuto patrimonio proprio della figlia. Molto meno sarebbe dubbia per lo diritto delle consuetudini scritte della città di Napoli, imperciochè quelle stabiliscono doversi succedere all'ultimo moriente. Aggiugnvasi altresì da parte degli eredi della figlia che così dovessero intendersi le parole del patto di Capuana e Nido, essendochè l'unico scopo di quel patto era il torre di mezzo il padre, lasciando intatte nel resto le disposizioni delle consuetudini. Ma per l'opposito considerò il S. C. essere chiara e letterale la disposizione del patto per la restituzione della dote a quei congiunti che sarebbero stati gli eredi della moglie se figli non fossero nati, ed essere ugualmente chiara la mente di Napodano; ed inoltre avvertì che essendo stato equiparato l'effetto dell'eredità adita alla non adita, era manifesto che siccome in questo secondo caso si sarebbe succeduto alla madre, così del pari doveva praticarsi anche nel primo.

Raccogliansi ora tutte le verità che si desumono dalle due classiche decisioni del S. C. che vanno sotto il nome della xcii del presidente de Franchis. Vedesi nou

solamente confermato l'effetto della rinuncia a rispetto de' congiunti che non intervennero ne' capitoli matrimoniali, qualunque il rinanziante fosse morto prima del figlio, ma si scorge chiaramente determinato l'effetto della condizione, la quale toglie di mezzo le regole della successione, e riporta le cose allo stato in cui erano prima del nascimento de' figliuoli. Quest'effetto appunto è compendiosamente enunziato colle parole *succeditur matri et non filiae*; sì che da questo punto in poi gioverà illustrare la massima, che in forza del patto di Capuana e Nido si succede alla madre e non alla figlia, o sia al genitore già morto, e non al figliuolo ultimo moriente; il che facendo saranno virtualmente dimostrati

i caratteri e gli effetti del patto medesimo. Nè deesi omettere che quello stesso presidente de Franchis il quale nella decisione xcii trattò la particolare controversia della prossimità alla persona cui deesi succedere, in un'altra decisione che è la xlii entrò più addentro nella specie del patto e dimostrò che tutte le altre controversie relative al medesimo soggetto dipendono da un principio unico e generale, qual è l'incapacità assoluta e la morte legale de' genitori; il perchè fu dal Sagro Consiglio dichiarato valido anche il testamento del figliuolo, nato dalle nozze alla *nuova maniera*, il quale disponendo de' beni materni aveva affatto preterito il padre.

Tre decisioni del reggente Rovito.

Riprodotta a' tempi del reggente Rovito la questione se si dovesse succedere al figliuolo ultimamente morto, ovvero alla madre già prima di lui defunta, il S. C. a' 2 di maggio 1614 adottando i motivi esposti nella decisione xlii dichiarò non doversi affatto considerare la persona del figlio nato dal matrimonio alla *nuova maniera*, ma la persona della madre, comechè fosse prima del figliuolo trapassata. E qui l'autore rendendo generico il tema del patto, soggiunge: *et sic in bonis maternis frustra concurrunt ascendentes ex parte patris et in bonis paternis frustra concurrunt ascendentes ex parte matris, quia non filiis, sed matri tantum succeditur*.

La stessa sentenza ricavata dalla decisione xcii di de Franchis fu ripetuta in una seconda decisione del S. C. de' 3 di novembre 1617, riferita pure dal reg-

gente Rovito. Si ebbe allora per vero che ne' matrimoni contratti alla *nuova maniera* il figlio morto in età pupillare si dovesse avere come non nato, dappoichè per virtù del patto si succede non già al figlio in ultimo luogo defunto, ma alla madre prima di lui trapassata.

Ed in fine il collaterale Consiglio con decisione de' 9 di febbrajo 1623, a relazione dello stesso reggente Rovito confermò non meno la massima che le ragioni da' precedenti scrittori dette e ripetute. « Non si succede, disse il Consiglio collaterale, alla figliuola morta in età pupillare, ma alla madre, come se da prima fosse morta senza figliuoli; i quali figli quando avvenga la loro morte nel caso preveduto dall'uso di Capuana e Nido si hanno come se non fossero mai stati al mondo, e questo è appunto quello che opera il patto alla *nuova maniera*.

Decisione del consigliere Marciano.

Se tante decisioni e tanti uomini non bastassero a fissare il senso della giurisprudenza, o se nascesse il dubbio che dopo de Franchis e Rovito fosse nata una nuova interpretazione, che avesse renduto il patto diverso da quello che era, piaceva a' lettori seguirci nella serie delle altre decisioni profferite nel senso medesimo, a rispetto così de' buoni paterni come de' materni.

Alla morte di Annibale Capececelatro che trapassò in età infantile, narra il reggente de Marinis essere risorta la controversia già ne' precedenti anni decisa, se insieme coll'avola materna potessero concorrere i figliuoli della zia del defunto. E per verità risorse la questione stessa che formò il soggetto della decisione xcii del presidente de Franchis, giacchè in questo come in quel caso la successione

disputavasi tra persone del medesimo grado, cioè da una parte l'avola materna, e dall'altra i figliuoli delle sorelle o do'fratelli della madre. Prima la G. C. della Vicaria ed indi il Sagro Consiglio in grado di appello decisero che i figliuoli delle sorelle, i quali se si fosse aperta la successione del pupillo non avrebbero potuto concorrere insieme coll'avola, potevano unitamente a costei succedere alla sua, attesochè dovevasi avere Annibale

come non nato. Ora questa decisione dimostra che la presunzione legale stabilita per virtù del patto si assume in un senso non relativo ma assoluto, dappoichè non serve solamente ad includere l'uno e ad escludere l'altro de' congiunti per favor della linea, ma anche a misurare il diritto degli altri congiunti, i quali hanno una ragione propria ed indipendente dalle convenzioni matrimoniali.

Decisione a ruote giunte del 1666.

E finalmente dell'anzidetta verità si ha un'altra conferma nella decisione pronunziata dal S. C. nel 1666 nella causa tra'l duca di Belcastro ed Antonio Caracciolo. Rinnovossi allora la quistione tante volte agitata, se la restituzione della dote dovesse farsi agli eredi della moglie, ovvero del dotante, ma la ragione de' con-

tendenti dipendeva interamente dall'articolo se si dovesse succedere all'ultimo moriente, ovvero alla madre già morta: il Sagro Consiglio la decise in favor degli eredi di costei per lo motivo che la morte de' figli in pupillare età, equivale perfettamente alla morte de' genitori senza figliuoli, giusta i termini del patto.

Simili decisioni pe' beni paterni.

Comechè la reciprocazione del patto si trovi nella mente stessa del suo inventore, e sia stata dimostrata per alcuni degli esempi sin qua addotti, ciò non ostante perchè la pluralità di tali esempi riguarda la dote e i beni materni, non sarà fuor di proposito l'uguagliare il peso delle autorità per l'uno e per l'altro caso, ed il dimostrare che lo stesso diritto, i medesimi principi, ed una concorde giurisprudenza hanno renduti uguali gli effetti del patto tanto per la linea paterna, quanto per la materna. Da tal dimostrazione risulterà pure che la medesima parità di ragioni, la quale uguagliò i beni del distretto agli altri siti fuori di quello, e i beni parafernali alla dote, fece altresì estendere la forza del patto a tutti i beni paterni ovunque siti, ed anche a' beni di nuovo acquisto sia del padre sia de' figliuoli. Nè sapremmo meglio bilanciare la dimostrazione di queste due parti del patto, sì intimamente tra loro connesse, che scegliendo la causa più celebre in questa materia, la quale contiene l'identica specie della nostra controversia, e che arricchì il foro degli scritti de' primi uomini di quel tempo.

Questa è la causa alla quale diedo oc-

casione la morte di Muzio Pignatelli, ed alla cui eredità aspirarono da una parte i fratelli uterini di lui, e dall'altra il marchese di Lauro ed Ascanio Pignatelli congiunti più remoti del paterno lato. Pe' primi scrisse il consigliere Giannandrea di Giorgio tre delle sue rinomate allegazioni: pe' secondi allegò principalmente Fabio d'Anna ed ausiliariamente ancora Scipione Teodoro: nelle dotte allegazioni di costoro, come in una folla selva, alcuni de' più tardi scrittori si sono avvolti a guisa del cavallo di Erminia, abbandonando quel retto e facile sentiero che gli altri prima di loro avevano battuto. Procuriamo di diradare la selva, scegliendo le quistioni delle quali fu allora trattato e i motivi della decisione del Sagro Consiglio. Non dubitosi allora del fine o dell'efficacia della rinunzia della madre per rispetto a' beni paterni; affermavasi sì bene da' fratelli uterini che la rinunzia della madre non potesse arrecar pregiudizio agli altri congiunti materni i quali venivano per proprio diritto, e subordinatamente che non potessero estendersi gli effetti del patto a' beni paterni siti fuori del distretto. Si sostenne per l'opposto da' congiunti paterni la perfet-

ta reeiprocazione del patto, e per conseguente l'esclusione della madre e della linea materna, così da' beni siti nel distretto come dagli altri posti fuori di quello Furuno allora citate da Teodoro e da Anna due altre decisioni del Sagro Consiglio, una nella causa di Fabio della Gatta e di Vittoria Speranza, l'altra in quella di Virgilia Gambacorta. Entrambe queste decisioni dimostravano due cose: 1. l'esclusione dell'intera linea, non che della persona del rinunziante, 2. l'efficacia del patto a rispetto de' beni siti

fuori del distretto. Fu questa l'occasione nella quale Giannaudrea di Giorgio cercò di schivare la forza degli argomenti e degli esempi addotti da' suoi avversari, il perchè pretese limitare gli effetti della rinunzia e ricorse alla distinzione tra la dote e i beni paterni. Tutte le industrie difese del di Giorgio furono rigettate a ruota giunte dal Sagro Consiglio, il quale con decisione de' 5 di maggio 1599 dichiarò appartenere al marchese di Lauro e ad Ascanio Pignatelli i beni di Muzio ovunque siti.

IV.

Giurisprudenza degli spositori del patto.

Dopo aver veduto quale sia stata la costante sentenza de' nostri tribunali intorno all'indole del patto, e quali i principj della materia, null'altro manca alla dimostra-

zione, se non il giudizio degli spositori, l'autorità ed il consenso de' quali è il secondo fonte, d'onde può attingersi la sana giurisprudenza.

Opinione ricevuta.

Ripetiamo la distinzione già fatta tra gli interpreti e gli alleganti: i primi hanno commentato la legge, i secondi hanno servito alle cause ed all'interesse de' litiganti. Nelle opinioni di costoro può trovarsi la verità, ma il mezzo per discernere la è il confronto tra le cose dette o le ricevute. Stabiliamo dunque un tal paragone, per separare il puro dall'impuro.

1. Il consigliere Giacomo Aguello de Bottis, contemporaneo del presidente de Franchis nelle addizioni alla consuetudine *si quis vel si qua* enunciò ne' seguenti termini la somma del patto: *secundum morem Capuanae et Nidi mater omnino excluditur a successione filiorum quodcumque morientium ab intestato et sine liberis in bonis paternis: et e contra pater excluditur a successione filiorum etiam quodcumque decedentium ab intestato et sine liberis in bonis maternis, vel quae pervenerunt a linea materna in quibus suc-*

cedunt proximiores ex parte matris (1).

2. Il padra Molfese che commentò nell'ozio del chiostro e per suo mero diletto le nostre consuetudini espose allo stesso modo il concetto del patto: *virtute ipsius renunciationis mater omnino excluditur a successione filiorum in pupillari aetate vel alias quodcumque ab intestato et sine liberis morientium, et in bonis paternis et ex paterna linea perventis proximiores ex parte patris succedunt.*

Sic etiam e contra quia pater consimilem renunciationem facere tenetur excluditur a successione filiorum, quodcumque ab intestato et sine liberis morientium, et in ipsis bonis maternis et ex materna linea abventis, succedunt proximiores ex parte matris, ut habetur in dicta capitulum reassumptione (2).

Lo stesso Molfese applica la decisione xxi di de Franchis alla controversia de' beni paterni agitata nella causa di

(1) Io Agn. de Bottis, *Addit. ad consuet. si quis vel si qua*, tit. 73.

(2) Molfes. P. I. cap. 1 n. 2.

Muzio Pignatelli, e conchiude, *et ex predictis clare liquet successionem fieri primo acquirenti non autem ultimo morienti, ut ad hoc propositum solet etiam allegari decisio 92 praesidis de Franchis.*

3. Il reggente de Marinis, la cui opinione è già nota per una delle decisioni di sopra riferite, tratta di proposito delle sue risoluzioni di diritto della medesima questione. L'avo il quale gode l'usufrutto de' beni del nipote, se costui muore, lo conserva per le note disposizioni del diritto comune (1). Ma questa regola patisce eccezione pe' matrimoni contrattati alla nuova maniera, se l'usufrutto sia de' beni materni, che per la morte della madre pervengono al figlio ed al nipote rispettivo. In questo caso se il nipote muoia estinguesi colla sua morte l'usufrutto dell'avo, dappoichè i beni sono soggetti a restituzione in favor di coloro che sarebbero stati gli eredi del coniuge già defunto, se dal matrimonio non fossero nati figliuoli.

Deriva l'autore una tal sentenza non

solamente dalle parole del patto, delle quali con ragione dice non potersi immaginare altre più chiare, ma anche dall'interpretazione che ne fissarono le due decisioni di Affitto o di de Franchis: nè qui si ferma, ma si duole della singolarità di alcuni uomiei del suo tempo che osavano rievocare in dubbio verità sì ovvie, e sì dimostrate. Che diremmo aoi de' nostri? Renderemo comune a loro lo stesso senso di disapprovazione e di meraviglia col quale conchiuse il do Marieis il suo discorso: *si ergo, ubi apud nos contractum est matrimonium iuxta morem uobilium placentum, quando moriuntur filii pupillari aetate, vel ab intestato quando cumque, habentur ac si non nati essent, sicque succeditur matri et non ipsis filiis, peto ego quo jure, qua lege, quare ratione possit pater usufructum praetendere super bonis, quae per mortem filii, non nisi uti existentia in patrimonio praedefunctae uxoris iudicantur?* (2)

Confutazione della contraria opinione.

Il primo è dubitare, se la massima *succedi matri et non filiae* fosse una regola generale del patto o pure un privilegio particolare alla dote, fu Scipione Teodoro. La sua opinione non può formare autorità per più motivi: perchè dettata dall'interesse d'una causa particolare, perchè smentita dal fatto stesso dell'autore, perchè non accolta dal Sagra Consiglio, e finalmente perchè fondata sopra false ragioni di diritto. Fermiamoci a quest'ultimo motivo e rispondendo a Teodoro crederemo avere altresì risposto agli altri, che dopo lui ripeterono la stessa cosa.

Gli argomenti de' quali si valso Teodoro sono: 1. che nella formola del patto trascritta da Cumillo Saleruo non si trovi quel terzo caso che è nella formola d'Affitto *et ubi contigerit virum*

praemori, caso di cui non fa menzione lo stesso presidente de Franchis nella decisione xcii: 2. che ammessa anche l'autenticità dell'anzidetta giunta, altro ivi non si dica se non che debba la madre essere esclusa da' beni paterni; per modo che nulla dicendosi dell'edizione o non adizione dell'eredità come ne' primi due casi, non sia permesso fare estensione da un caso all'altro, dappoichè si tratta d'uno statuto correttivo del diritto comune.

Quanto al primo argomento, Teodoro ha contro di se l'univoca testimonianza delle decisioni e degli scrittori, i quali non hanno avuto per autentica altra formola se non quella di Affitto, e può immaginarsi come abbia citato l'autorità del presidente de Franchis, il quale iteramente si riferì alla formola

(1) *Auth. Defuncto C. ad S. C. Tertul.*

L. 3 ed ult. C. de usufruct.

(2) *De Marinis Resol. Iur. lib. 1 cop. 345.*

ed alla decisione ccxxxviii di Affitto. Se il presidente de Franchis riferì il solo periodo della dote, n'è manifesta la ragione, perchè non trattavasi allora se non del caso della dote. Cotesto argomento, ci sia permesso dirlo, è più degno de' caudici, i quali *caplant verba*, che di un giureconsulto qual era Scipione Teodoro.

E circa il secondo non è chi non lo riconosca così fallace in diritto, come il precedente è fallace nel fatto. Non si tratta di due leggi delle quali una rinvoci l'altra, nel quale caso non de' aversi come rinvocato tutto quello per cui la revocazione non è espressa; trattasi sì bene d'un patto reciproco, per lo quale le parti contraenti hanno inteso uguagliare la loro condizione: trattasi d'un patto nuziale, per lo quale vale la regola di

diritto, *quod et in persona alterius aequa lance servari aequitatis suggerit ratio* (1). E se nell'ultima parte della formola di Affitto si parla più laconicamente che nella precedente, la ragione è perchè la seconda è stata modellata sopra la prima. E per verità non si potrebbe concepire che i due coniugi, ciascuno de' quali aveva il medesimo intento a rispetto de' propri beni, avessero contrattato in un modo diverso, e che una rinunzia vicendevole producesse per uno effetti più estesi, e per l'altro più limitati. In fine l'opinione di Teodoro ripugna al concetto della reciprocazione espresso dallo stesso Napodano, e confermato dagli esempi delle cause di Vandella di Monteforte, di Fabio della Gatta, e della stessa causa di Ascanio Pignatelli per la quale egli scrisse.

V.

Comento della massima succedi matri et non filiae.

Siccome la massima che debbasi succedere, non all'ultimo moriente, ma al genitore già defunto, è il carattere principale del patto e serve a definirne la natura, così gioverà grandemente alla soluzione di tutte le quistioni intorno a questo argomento di svolgere il senso dell'anzidetta massima, e sviluppare le conseguenze che ne derivano.

Acciocchè il matrimonio non desse eredi estranei a' genitori in vece de' figliuoli, si convenne che quando costoro morissero senza discendenti e senza testamento, i beni tornar dovessero a coloro che sarebbero stati gli eredi de' coniugi, se matrimonio non si fosse contratto, o se figliuoli non fossero nati;

Acciocchè un tale intento si conseguisse, si stabilì che il fatto de' figliuoli non potesse arrecare pregiudizio a' diritti dei coniugi e degli eredi loro, il perchè uno sempre dovesse essere l'effetto della morte de' figliuoli, o che avessero adito, o non adito l'eredità de' genitori;

Acciocchè l'adizione ed il rifiuto dell'eredità potessero essere legalmente tra loro equiparati, spiegossi che, verificato il caso della condizione, si succedesse non al figliuolo ultimo moriente, ma al genitore premorto;

E finalmente acciocchè la presunzione non fosse contraria al fatto, adottossi una finzione di diritto per la quale i figliuoli morti nel caso della condizione si avessero come non nati.

Adunque tanto è dire che si succede al genitore e non al figliuolo, quanto è l'esprimere la causa dalla quale un tal effetto deriva. La causa è la finzione di diritto assunta da' contraenti, finzione che in realtà non è, se non l'effetto della condizione apposta alla rinunzia dei genitori. In somma sono questi altrettanti omonimi della stessa idea, espressa ora per la causa ed ora per gli effetti; siccome la proposizione *si succede al genitore e non al figlio* è equivalente all'altra, i figliuoli si hanno come non nati.

(1) L. 20 D. de re judic.

VI.

*Il patto di Capuana a Nido contiene un pretto diritto di restituzione.
Definizioni antiche.*

Allorchè v' ha ambiguità ne' vocaboli, o per un doppio significato che l'uso suole loro dare, o per l'abuso che ne fanno quelli che vogliono stravolgerla il senso, conviene ricorrere alla regola rettorica, *cum sumptus ea quas sunt ei rei quem definire velis, cum aliis communia, usque eo persequi, dum proprium efficiatur quod nullam in aliam rem transferri possit.* E ciò è tanto più necessario, quanto la stessa cosa si è sin qua espressa con vocaboli ora simili ed ora diversi, e presi parte dall'antico e parte dal nuovo linguaggio legale. Quindi il diritto de' congiunti paterni a riavere i beni messi dal padre nella società coniugale si è promiscuamente chiamato *restituzione, ricessione, ritorno, e successione.* Ritenghiamo i primi tre come l'uno all'altro equivalente, e rigettiamo l'ultimo come estraneo tanto per la proprietà de' vocaboli, quanto pel suo legale significato.

Ciascuno può disporre della sua proprietà, o irrevocabilmente, o a tempo, o sotto una condizione risolutiva. Cotui il quale sceglie questo terzo modo di dare, consente che tanto gli rimanga del suo diritto, quanto ha volontariamente riposto nell'evento della stessa condizione. La sua proprietà è cangiata per fatto suo in un diritto incerto o dicasi pure in una speranza la quale rimane in sospeso. Ma quando mai l'evento si verificasse, la speranza si converte di nuovo in proprietà, la cosa torna a colui che avevala data, ed il tempo intermedio sparisce. In tale caso il diritto e l'azione a riavere la cosa dicasi di *restituzione*, vocabolo di cui la legge determina il significato e l'effetto: *restituere is intelligitur qui simul et rem et causam ac-*

tori reddit, quam is habiturus esset (1). Che tale sia l'effetto della condizione risolutiva non può essere revocato in dubbio, nè può esser detto meglio di quello che l'esprime il chiarissimo Errico Coccei: *uti cum conditio resolutoria adijcitur, omnia in praeteritum ita corrumpunt, et ita in pristinum statum restituntur, ac si numquam actum quid esset, quod idem in postliminii casu erant* (2).

Uguale indubitato è, che l'effetto delle condizioni risolutive si applichi frequentemente alla materia delle eredità e de' legati, del che per addurre un esempio generale, ci riferiamo alle condizioni dette negative. *Quamvis*, dice Pothier, *ante conditionem impletam hereditas non deferatur, nec legatum debeatur; tamen quaedam sunt conditiones quae quum adscriptae sunt, non morantur additionem hereditatis aut petitionem legati: modo is cui adscripta et conditio, caverit de restituenda hereditate aut legato in eum casum quo conditio deficeret. Et haec est cautio quae muciana dicitur* (3). Tal era il caso della condizione *ne nubat*, per effetto della quale il coniuge vedovo prendeva l'eredità o il legato insino a che non avesse contravvenuto alla legge impostagli, nel quale caso restituiva *et rem et causam ac si non habiturus esset* (4). In somma è ovvia e legale insieme nelle successioni la sensione di diritto per la quale un fatto già seguito si abbia come non intervenuto, il che specialmente si verifica nelle collazioni, le quali non altrimenti operano a rispetto de' beni donati; *ac si non abscississent a bonis patris* (5).

(1) L. 35 de V. S.
(2) *Disput. LVII De renunciat. et reseruat. Aliar. illustr. §. 62.*
(3) *Lib. XXXV D. Tit. 1 de cond. et demonstr. Sect. IV Art. II.*

(4) *V. Nov. XXI Cap. 44.*
(5) *V. L. 18 a 19 de Collat. Cujac. III. Obser. 80.*
Ant. Dudin. Aliazerra de quaest. jur Tract. VII. Cap. 2.
25

Il ritorno o rivenzione convenzionale, dicono gli scrittori del nuovo diritto, è una convenzione per la quale il donante riservasi nell'atto stesso della donazione il diritto di ripigliare le cose date nel caso in cui il donatario o i discendenti suoi muoiano prima del donante. La virtù della riserva è interamente riposta nella condizione risolutiva, la quale produce la revocazione delle obbligazioni, e rimette le cose nel medesimo stato come se l'obbligazione non si fosse contratta (1); il perchè quando quella si verifici, si risolvono le alienazioni, le servitù, le ipoteche ed ogni diritto onto dal fatto del donatario (2).

A somiglianza del ritorno convenzionale, anche la legge camminando dietro alla presunta volontà del donante, ne ha stabilito un altro che dicesi legale, e di cui l'erigione può anche ripe-

tersi dalle leggi romane. Tal'era la restituzione in favor del padre così della dote come de' beni donati al figliuolo per cagion del matrimonio, se quello si fosse sciolto senza figliuoli (3): tal è ancora oggi il diritto che hanno le nuove leggi riservato a' genitori donanti (4), ond'è che questa specie di donazioni, attesa la possibilità dell'evento non acquistano il carattere dell'irrevocabilità se non dopo la morte del donante. Ora nel caso del ritorno legale, se si verifici il caso della riserva, con qual titolo ripigliarà il donante i beni donati? Come un successore in re singolari, rispondono gli oppositori del diritto, o come un successore privilegiato, per modo che se anche il donante fosse l'erede del donatario prenderebbe l'eredità col titolo universale, e i beni in forza del tacito contratto della legge (5).

Differenze de' patti successori e de' fedecommi.

Definito il diritto di ritorno, uopo è spogliarlo di quelle similitudini, le quali spesso ne alterano la natura: *efficiamus proprium ut in nullam aliam rem transferri possit!*

Nelle successioni convenzionali le rinuozie sono anche adoperate acciocchè i beni passino a quell'erede che i contraenti hanno designato; e ne' fedecommi l'ultimo possessore restituisca pure i beni all'immediato successore per la volontà del comune autore. Potrebbe il diritto di rivenzione, sia convenzionale sia legale, essere definito come un patto di successione, o essere assimilato al fedecommesso?

Non può essere scambiato co' patti di successione, perchè il vocabolo *successione* racchiude necessariamente l'idea d'un diritto universale, o sia quello di eredità o di quota di eredità, laddove la rivenzione di certi e determinati beni è un diritto singolare, il quale comun-

que abbracciar potesse una specie di tali o tali altri beni, non è mai da confondere colla causa universale: *Porro*, dice Dumoulin, *longe aliud est disporre de ipsa hereditate vel ejus parte, aut certa quota, ut in lege etc.; longe aliud disporre de certis rebus vel de parte rerum, vel de certo genere bonorum, puta de obventis a patre tantum, vel maternis tantum, aut obventis a patris vel alia certa persona* (6).

Della medesima distinzione si vale Merlin per discernere, quali sieno i patti vietati di futura successione, e quali i patti semplici permessi nel più rigido senso delle leggi romane: e le leggi romane vietano i patti intorno alle future successioni, ma che intendono col vocabolo successione? non vi comprendono certamente i mobili o gli acquisti separati da' propri, nè i propri paterni separati da' materni, oè i propri dell'una o dell'altra linea, separati da' mobili e

(1) Art. 1183 Cod. Civ.

(2) Art. 951 e 952 Cod. Civ.

(3) L. 6 D. de jure dot.

L. 4 C. Soluta matrim.

L. 2 C. de bonis quas liber. etc.

Perez. ad lib. VI C. Tit. LXI. n. 13.

(4) Art. 747 Cod. Civ.

(5) Toullier lib. III Tit. 1 Cap. III Sect. VI n. 235.

(6) Molinæi consil. VII n. 19.

dagli acquisti: chiamano successione o eredità la trasmissione dell'universalità de' diritti dalla persona del defunto a quella dell'erede: *hereditas est successio in universum jus, quod quis tempore mortis habuit* 1.

« Adunque le leggi romane vietando i patti intorno alle future successioni, vietano i patti sopra l'universalità, o sopra una parte aliquota dell'universalità de' beni di qualunque specie; ma non vietano i patti sopra il tutto o una parte de' mobili, sopra tutti o sopra una parte degli acquisti, sopra tutti o sopra una parte de' propri paterni o materni; quindi tali patti sono validi per diritto romano (1) ».

Per la qual cosa non può ravvisarsi tacito fedecommesso in un patto per lo quale si dispone de' beni paterni o materni, perchè non v'è successione, o è erede designato, che sostituir debba nell'universalità de' diritti del defunto.

Molto meno potrebbesi confondere la *reversione* col fedecommesso, perchè questo presuppone la volontà di gratificare successivamente a più persone, il che ripugna alla natura di quel patto per lo quale taluno riserva a se stesso ed a' rappresentanti suoi il diritto di riavere ciò che dà, o che darà. Non sapremmo noi dimostrarlo meglio di quel che ha fatto Chabot de l'Allier in una delle sue quistioni transitorie:

« La sostituzione fedecommessaria contiene due distinte donazioni, una in favor del gravato, l'altra in favor del sostituito; è una disposizione per la quale gratificandosi a taluno gli s'impone l'obbligo di restituire la cosa data ad un terzo che è in secondo luogo gratificato ».

« Per l'opposito una disposizione fatta colla riserva del ritorno in favor del donante e de' suoi eredi non può dirsi che contenga due donazioni, una in favor del donatario e de' suoi discendenti, l'altra in favor degli eredi del donatore. Cotesti eredi non possono essere considerati come terzi, a vantaggio de' quali

siasi fatto un fedecommesso: non sono già persone alle quali il donante abbia voluto gratificare designandole come donatari definitivi: oostoro prendono i beni, non come donatari, ma come rappresentanti il donante che aveva stipulato il ritorno, come coloro che prendono il suo luogo, o che formano insieme con lui una stessa ed unica persona; in somma come suoi eredi. Nessuna diretta donazione erasi coeventa per le loro persone, le quali non vengono se non per virtù della condizione del ritorno imposta alla donazione fatta in favor del gravato: non erano sostituiti al donatario o a' suoi discendenti, ma al donante stesso per esercitare in suo luogo il diritto del ritorno. Adunque non a titolo di donazione ma a titolo successorio sono chiamati a ripigliare i beni dopo la morte del donante ».

« Ora quel che vittoriosamente dimostra non essere egli ammessi al diritto di ritorno con titolo di donatari, è che possono esercitare un tal diritto anche quando non sia stato espressamente stipulato in loro favore, e che la stipulazione sarebbe stata assolutamente necessaria per conferire loro il dono, se essi dovessero ripigliarlo colla sola qualità di donatari, e non già colla semplice qualità di eredi ».

« Per queste ragioni non si è giammai confuso nell'antica giurisprudenza il ritorno convenzionale colla sostituzione fedecommessaria, che anche quanto agli effetti differiscono essenzialmente tra loro (2) ».

Che il patto di Capusna e Nido non possa essere scambiato co' patti di successione, o col fedecommesso, apparisce ugualmente da' principii di Napodano, dal tenore della sua formola, e dalla giurisprudenza ricevuta. Imperciocchè quattro delle cose dette da Napodano non solamente escludono l'idea della successione, ma restringono ad una persona sola il favore della disposizione: non è questo un patto di successione,

(1) *Repert. art. succession future n. III.*

(2) *Quest. transi. Retour ou Réversion §. VIII.*

ma di certi e determinati beni: se si verificò la morte de' figliuoli senza discentoli e senza testamento, i beni tornano a colui al quale appartenevano o a' suoi eredi: in questo caso il diritto futuro trasi indietro al tempo del contratto: e quindi insino a che dura la possibilità della verificazione del diritto, i beni passano *cum sua causa et salva lege conventionis*. Or se questi sono stati i primi concetti dell'inventore del patto, confermati dalla giurisprudenza del Sacro Consiglio, e dalla speranza di tre secoli, qual conto potrem tenere della

singolare opinione di due o tre scrittori, i quali hanno detto il contrario solo perchè così giovava al particolare interesse della causa che allora trattavano? Ma fosse pure imparziale la loro opinione, qual giureconsulto potrà abbandonare i caratteri espressi d'un atto, per seguire i conghietture e i presunti?

Del rimanenti noi possiamo persino ridestare la voce del più ornato ingegno del secolo XVII per supplire alla nostra, e farle ripetere ciò che disse per questa stessa questione di diritto.

VII.

Il patto di ritorno, illustrato da Francesco d' Andrea.

Per molto tempo ci è doluto di non aver avuto per le mani l'allegazione scritta da Francesco d'Andrea nella causa del marchese Imperiali, ma eccola alla perfine, ed ecco in breve la storia del fatto per lo quale fu scritta:

Aurelia Imperiali andò a marito col marchese di Monteforte, ed il matrimonio fu contratto giusta l'uso di Capuana e Nido: il patto *reversus* fu convenuto in favore del marchese d'Oria Michele Imperiali di lei nipote: il matrimonio si sciolse per la morte di Aurelia, che lasciò di se un figliuolo chiamato Giambattista: costui morì intestato e senza discenti: il marchese d'Oria che erasi obbligato di pagar la dote non aveva ancora soddisfatta: Carlo e Federico Imperiali suoi zii paterni lo chiamarono in giudizio a' 24 aprile 1643 ond'essere soddisfatti delle parti dell'eredità dotale di Aurelia, che dissero loro appartenere: loro avvocato fu il chiarissimo Giuseppe de Rosa, il quale scrisse, come allegazione, la testa delle sue consultazioni: il dubbio della causa versava circa l'interpretazione del patto, ch'era nei seguenti termini conceputo: *Che in ogni caso di restituzione secondo l'uso di Capuana e Nido avesse dovuto restituire alla donna e suoi eredi e successori ex corpore, seu al detto marchese come dotante*: l'assunto del marchese era che non essendo gli attori eredi *ex corpore* di Aurelia non potessero per conseguenza cooccorrere con esso lui

che aveva espressamente stipulato in suo favore come dotante: per l'opposto l'assunto de' due zii era che il patto potesse valere solamente quando la dote dovesse restituirsi dal marito o da' suoi eredi, ma non già quando della donna era stato erede il figliuolo a cui unicamente si dovesse succedere: aggiungevasi esser questo caso di successione e non di restituzione, e doversi regolare giusta la consuetudine scritta, la quale chiama i prossimi congiunti *ex illo latere unde bona pervenerunt*. La stessa azione già mossa da Carlo e Federico fu ripetuta da Giambattista Imperiali altro loro fratello: questi non pertanto preferì il compromesso al giudizio, e pieno di fiducia nella persona di Giuseppe de Rosa, che aveva sì validamente difeso i fratelli, lo nominò per arbitro: altro arbitro da parte del marchese Imperiali fu nominato il consigliere, dipoi reggente, Marciano. I due arbitri unanimemente decisero in favore del marchese Imperiali contra le pretese di Giambattista. Tal'è la differenza che passa tra' i decidere e l'allegare, differenza che dimostra altresì la probità e la diligenza dell'animo di Giuseppe de Rosa, il quale condannò egli stesso quello che come parte aveva precedentemente sostenuto.

L'esito sfavorevole dell'arbitramento non distolse dal giudizio gli attori Carlo e Federico: in questo secondo periodo della causa, il chiarissimo Francesco d'Andrea assunse la difesa del marchese

Imperiali, e scrive l'allegazione, della quale riproduciamo l'intera parte che riguarda l'obbligazione allora fatta dagli attori, cioè che dovesse succedersi al figliuolo e non alla madre, non giusta il

patto, ma a tenore della consuetudine scritta, e che dovesse per conseguente riguardarsi quel caso come di successione, e non già di restituzione.

È diritto di restituzione e non di successione.

« Maggiore apparenza havea l'altra difficoltà, che 'l patto della reversione a favor del dotante, era stato posto solamente nel caso della restituzione della dote da farsi dal marito, come dalle parole: *E la dote predetta intieramente restituire, e pagare alla detta signora Aurelia, e suoi eredi, e successori discendenti ex corpore, seu al detto marchese suo fratello, come dotante, e ai suoi eredi e successori*. E poco dopo: *In caso che si dissolvesse il matrimonio per morte, quod absit, di alcuno di datti futuri coniugi et in ogni altro caso della restituzione et assicurazione di dette doti, secondo l'uso e costumanza delle nobili Piazze, e Seggi di Capuana, e Nido di questa Città di Napoli, volgarmente detto alla nuova maniera*. Onde si opponeva, che detto patto non dovesse haver luogo, se non quando la dote si avesse avuto da restituir dal marito, o da' suoi eredi. Non quando per essersi disciolto il matrimonio per la morte del marito, e fattosi il caso della restituzione a favor della donna, e quella poi morta con figli, si avesse avuto a succedere a' medesimi figli morti ab intestato. Poichè questo si dovea dir caso di successione e non di restituzione. Onde dovea succedersi secondo la *Consuetudine*, che chiama i più prossimi, *ex illo latere*, onde bona pervenerunt. Nè potea esser luogo al patto, che fu stipulato solo nel caso della restituzione ».

« Ma a questa opposizione il medesimo, che come avvocato ingegnosamente l'ecceitò, ci diede poi come giudice dottamente la risposta, come noi appresimo dalla sua viva voce, dicendo, che questo importava il patto di Capuana e Nido, e della *Consuetudine* stessa, quando si deduceva in pactum, che sempre che si faceva il caso della reversione, *servata forma pacti*, sempre s'intendeva esser caso di restituzione. E per conseguenza tutto ciò che si era convenuto

nel caso della restituzione da farsi secondo l'uso di Capuana e Nido havea luogo in ogni caso di successione, perchè ogni caso di successione secondo il detto uso s'intende caso di restituzione. Et a questo effetto ponderava le parole, *et in ogni altro caso della restituzione delle dette doti secondo l'uso, e costumanza delle nobili Piazze di Capuana e Nido, volgarmente detto alla nuova maniera*. Le quali dimostrano che non solo nel caso della restituzione delle doti da farsi dal marito, ma in ogni altro caso, che la dote avesse dovuto restituirsi per virtù dell'uso di Capuana e Nido, sempre in difetto *de' discendenti ex corpore*, la dote habrebbe dovuto restituirsi al dotante ».

« E che ciò sia vero, si dimostra dalla *de la decis. di Afflitto* 237, nella quale così nel caso, che la dote si avesse da restituire alla donna, come nel caso, che dopo la morte della donna le fossero succeduto i figli, e quei poi morissero senza figli ab intestato, sempre si usavano i termini di restituzione e non mai di successione. Poichè nel primo caso si dice: *Dotes datas et per virum receptas, et earum restitutio et assignatio realiter fiat dictas uxori superstiti, seu ejus heredibus*. Nel secondo (ch'è il terzo presso Afflitto) si dice: *Et eo casu dictas dotas modo predicto receptas veniant, et devenire debeant, et ipsarum restitutio realiter fiat, et fieri debeat heredibus, et successoribus dictas uxoris, sive dotanti et ejus heredibus* ».

« Dunque anche nel caso che si abbia da succedere ai figli morti ab intestato dopo la morte della madre, sempre la dote si deve restituire ai chiamati, e sempre si dirà esser caso di restituzione ».

« Il presidente de Franchis nella decisione 92 in principio, riferisce anche il tenore del detto uso, colle medesime

parole, abbracciando ambidue i suddetti casi, e sempre suppona, che la dote si debba restituire, o alla donna, o a i figli, o agli eredi della donna o a quei del dotante, così per la morte del marito come della donna, o de' suoi figli, *quando decederent in pupillari aetate vel post quandocumque ab intestato sine liberis legitimis et naturalibus*. Nel qual caso usando le medesime parole di Afflitto soggiunge: *Dictas dotes modo praedicto veniant, et decerere debeant, et ipsarum restitution realiter fiat et fieri debeant heredibus et successoribus dictas uxoris, seu heredibus dotantis*. Ecco dunque che sempre che si succede in virtù di detto uso, sempre si dice caso di restituzione, e non di successione ».

« Coesta anche tuttocì dalla fede che fu fatta da' Nutari Napolitani, del modo come secondo il loro stile si deve stender questo patto, nel caso che disciolto il matrimonio per morte del marito, e restituitasi la dote alla donna fosse poi quella morta con figli, e i figli fossero poi morti ab intestato senza discendenti. Dalla qual si vede, che il patto si stende con parole designanti restituzione e non successione, e son le seguenti: *Ut morientibus filiis in pupillari aetate, vel ab intestato quandocumque, dotes praedictas restituantur dotanti ejusque heredibus et successoribus, et in eorum defectum aliis proximioribus mulieris*. Qual clausola benchè il suddetto de' Roma, come Avvocato, e per servire alla causa, avesse scritto non doversi attendere; si vede però, che immeritamente furon da lui ripresi i Notari, *quorum imperitia*, disse, *totum mundum destruit*. Meotre le parole sono uniformi o quelle usate da Afflitto, e dal presidente de Franchis ne' luoghi citati. Intendendosi però sempre, quando ne' capitoli si sia promessa la restituzione al dotante e suoi eredi come è in questo caso ».

« Nè questo modo di parlare è alieno dalla ragione. Perchè la successione propriamente si chiama, *quando succeditur in universum jus defuncti ex testamento, sive ab intestato*, non quando si succede in particular genere di beni, *et ex pacto*, come è nel caso presente ».

« Perchè questo piuttosto deve dirsi caso di restituzione, che di successione,

ad instar della restituzione che si fa ex fideicommissis. Onde sempre che la dote debba ritornare al dotante o a' congiunti più prossimi *ex latere materno* escludendo anche il padre dalla successione de' figli, contro la regola della legge comune, sempre si dirà caso di restituzione. Onde sempre avrà luogo il patto, che in ogni caso di restituzione secondo l'uso di Capuana e Nido, la dote si debba restituire o agli eredi della donna, intendendo degli eredi sanguinis, o a quei del dotante ».

« E per altro non ci sarebbe ragione, perchè se la dote si avesse da restituire dal padre a' figli, i quali poi morissero ab intestato, dovesse restituirsi al dotante, e se si trovasse già restituito a' figli medesimi, avesse da andare ai congiunti dalla parte della madre. Giacchè come si è veduto, così nell'un caso come nell'altro, non si succede mai *in universum jus defuncti*, nè mai la successione si deferisce secondo le regole della successione ab intestato. Perchè sempre da quella è escluso così il padre, come tutti gli altri congiunti *ex latere paterno*. Et è certo che se si trattasse di successione la parte non avrebbe potuto pretendere di succedere, nè di essere erede del figlio della signora marchesa morta ab intestato, giacchè era vivo il padre. Dueque volendo succedere, non ovria potuto pretendere che in virtù del patto di Capuana e Nido. Ma l'eredità non può deferirsi per patto. Dunque bisogna dire che non si tratti di successione, ma di restituzione, la quale può ben convenirsi per patto. Dunque se in ogni caso di restituzione secondo l'uso di Capuana e Nido, si convenne che in difetto de' discendenti della donna, la dote si dovesse restituire al dotante; il dotante e non a' congiunti della donna, dovrà farsi la reversione, che è quel che cerchiamo ».

« E da questa ragione dipende quell'altra osservazione praticata indistintamente ne' nostri tribunali, che se dopo morta la madre morisse anche il padre, ed il figlio come erede della madre fosse creditore della dote sopra l'eredità paterna, l'azione di riaver le doti non si estinguerrebbe per l'adizione da lui fatta dell'eredità del padre, anche sen-

za inventario; contro la regola legale, che per l'addizione dell'eredità le azioni si confondano. Onde morendo poi il figlio ab intestato e senza discendenti, il credito dotale passa o agli eredi del dotante, quando ci sia il patto a lor beneficio, o ai congiunti *ex parte matris*, quando il patto non ci sia. Nè i congiunti *ex parte patris* potrebbero dire, che tal credito fosse estinto. Come fu deciso nella decisione stessa di Afflitto 237 e nella detta decisione del presidente de Franchi 92, ed è cosa che non ammette controversia 1.

« Del che la ragione è, perchè in dette doti non si succede *titulo hereditario*, ma devono restituirsi in virtù del patto. Il perchè non si dice mai il figlio averne acquistato il dominio *irrevocabile*, o per conseguenza le azioni non si confondono *ad instar fideicommissi*. E quindi ha origine quel volgato brocardo appo i nostri casuistici, che quando i figli son morti senza discendenti rispetto alle doti, che si devono restituire, si considerano *ac si nunquam fuissent in mundo*; e la restituzione si deve

fare a quei medesimi, a' quali si havrebbe da fare, quando in esse i figli non fossero mai succeduti 2.

« Da tutte le quali cose però si raccoglie; che se è varo, come non può difficultarsi esser verissimo, che la successione non può darsi *nisi in universum jus defuncti*; che la successione non si deferisce *per pactum*; che il figlio succedendo nelle doti materne, non n'acquista il dominio *irrevocabiter*, ma sta soggetto alla restituzione in caso che muora ab intestato e senza figli, e perciò le azioni non si confondono; e finalmente se è vero che se si fosse trattato di successione, i zii non avriano potuto pretendere di succedere a Gio: Battista defunto, ad esclusione del padre; ne segue manifestamente che non si poté trattar di altro che di restituzione, e per conseguenza deve aver luogo il patto che in ogni caso di restituzione la dote si debba restituire agli eredi o successori della donna *ex corpore*, in mancanza de' quali, per necessità si ha da restituire agli eredi del dotante (1) 3.

La restituzione è sempre la stessa tanto ne' beni materni, quanto ne' paterni.

Una obbiezione, tenuta già per frivola ne' tempi ne' quali erano frequenti e quotidiane le quistioni intorno agli effetti del patto, è stata poi riprodotta per iscindere la connessione che lega insieme le due parti del patto medesimo. Ci piace proporre la difficoltà ne' termini medesimi ne' quali l'enunciò uno di quei vecchi, ma grandi uomini del nostro foro per intendere di poi la soluzione, che ne dà egli stesso. Questi è il reggente Francesco Merlino Pignatelli, scrittore e magistrato del decimo sesto e decimo settimo secolo, che fece sentire il suo nome anche in Spagna, ed illustrò il foro di molte egregie opere, tra le quali sono notabili i libri delle sue controversie forensi. Aveva egli già prima di Francesco d' Andrea, dimostrato che il patto contiene un diritto di restituzione a rispetto della dote, a prevenir

volle il dubbio che potesse farsi intorno a' beni paterni.

« Ma dirai, ti si conceda che il patto de' coniugi per l'esclusione dalla successione de' figli sia inseparabile dalla restituzione delle doti, ciò non pertanto quello riguarda solamente l'esclusione del padre dalla successione delle doti materne, pervenute a' figli già morti, che è appunto il caso della restituzione delle doti. Ma quel trattasi di escludere la madre dalla successione de' beni pervenuti a' figli dal padre, col quale caso non ha alcuna connessione nè alcuna ragione d'inseparabilità la restituzione delle doti; e però concedendoti anche che il caso della successione del padre fosse correlativo a quello della restituzione della dote, pure il caso della successione materna de' averi come una cosa distinta e separata, dapoichè non ha nulla di

(1) V. l'intera allegazione impressa da Carantonio da Luca nelle osserva-

zioni alla consultazione 61 del reggente Ettore Capececiattro.

comune colla restituzione della dote, il perchè non de' avervi come compresa nel patto medesimo ».

Odasì la risposta: « si risponde che non si può rendere iniquo e disuguale sia il patto, sia la consuetudine, ad evitare il quale inconveniente, volle l'uso collo stesso sermone rendere uguale ed uniforme l'esclusione; e siccome doveva il padre essere escluso dalla successione de' beni materni per l'obbligazione della restituzione della dote, così la madre de' essere esclusa da' beni paterni, e l'una e l'altra esclusione prende origine dalla stessa restituzione, cioè del padre per l'obbligazione di restituire la dote, e della madre per la necessità di servare l'uguaglianza.

Di questa conclusione non si dubitava più a' tempi di Francesco d' Andrea, colla cui voce finiremo, siccome abbiamo cominciato. Imperciocchè nella causa per la quale fu scritta l'allegazione di sopra riferita fu altresì citato l'esempio d'una decisione negli stessi termini pronunziata nella causa della duchessa di Laurito co' fratelli Pisanelli e Suardi per la successione di Giambattista Sasso e per la restituzione della dote di Giulia Orfice sua madre. Disputavasi allora se la dote dovesse essere restituita agli eredi del donante ovvero della dotata, ma non si

rivocò in dubbio nè che i beni paterni dovessero essere restituiti a' prossimi congiunti del padre, nè che i parafarnali dovessero tornare a' prossimi congiunti della madre, siccome l'attesta lo stesso d' Andrea nella medesima allegazione poche linee appresso a quelle di sopra riportate.

« E per li beni paterni non ci era difficoltà che spettassero a' più prossimi *ex parte patris*. Conforme nè meno si difficoltà che ne' beni materni dovessero succedere i più prossimi dalla parte della madre i quali erano i suddetti fratelli Pisanelli e Suardi. Ma la difficoltà fu per rispetto alle doti, le quali in virtù del detto patto, in mancanza degli eredi *ex corpore* si avevano da restituire agli eredi del donante ch'era stato il Vescovo d' Acerno ».

Più dell'autorità di questi grandi uomini intendiamo valerci della perfetta congruenza delle loro idee co' principi della giurisprudenza ricevuta, e più ancora vogliamo trarre argomento della solenne ritrattazione fatta dal consigliere de' Rosa. Ogni altra dottrina dunque che gli alleganti del nostro foro hanno ricavato dalla testa della sue consultazioni dovrassi avere come erronea, e come condannata da quello stesso autore, che l'aveva da prima sostenuta.

VIII.

Come debba intendersi l'assimilazione del patto al fidecommissario, fatta da alcuni scrittori.

L'assimilazione non confonde le cose assimilate.

Due sono le opinioni nelle quali deesi trovare la verità: o quella del S. C. e del presidente de' Franchis, o l'altra de' suoi contraddittori. Il primo nell'aver pronunziato la massima *succeditur matri et non filiae* ha inteso dire: è un diritto di restituzione, il quale appartiene all'eredità di colui in favor del quale fu fatta la rinuncia; i secondi allorchè hanno sostenuta l'opposta massima, cioè *succeditur filiae et non matri*, hanno qualificato la disposizione del patto come una sostituzione compendiosa fatta a' figliuoli che sarebbero nati dal matri-

monio, e perciò hanno affermato doversi succedere all'ultimo moriente e non ai genitori già morti. In tale conflitto chi ha seguito la sentenza del S. C. ha manifestamente e necessariamente rigettato l'idea del fidecommissario. E però tutti i fautori di questa opinione, come Giannangelo Pisanelli, Marino Freccia, Afflitto, Jacopo Agnello de' Bottis, Scipione Rovito, Agnello Amato, Molfese, Provenzale, De Mariais, Francesco d' Andrea, il reggente Marciano, Marcello de' Grassis e Giuseppe de' Rosa giudicanti, disconvenivano dal fidecommissario, perchè

non possono volere nello stesso tempo due caratteri logici l'uno all'altro ripugnanti (1).

Ciò non pertanto alcuni di questi per spiegare come, trascurata la persona dell'ultimo moriente, si ricorresse alla successione del genitore già defunto, hanno fatto uso della similitudine del fedecommissario. Molfese il quale scriveva nel tempo in cui prevaleva ancora l'opinione che ne' fedecommissi si succedesse al gravante e non al gravato, dopo aver citato gli scrittori i quali la sostenevano soggiunge: *qui etiam docent quod si cum in fideicommissum succeditur primo acquirenti non autem ultimo morienti, ita eveniet in hoc casu, et sic attenditur proximitas testatoris non autem heredis, seu illius a quo ultimus moriens bona habuit* (2). Lo spiegare come una cosa avvenga, o l'addurre un esempio anche imperfetto vuol d're rendere ragione dell'effetto, ma non uguagliare le due cose tra loro paragonate, sopra tutto quando ciascuna è stata già definita. Similmente Marcello de Grassis disse, *pacta praedicta habentur loco fideicommissi ut de pactis nuptialibus . . . qui*

ex supradictis doctoribus dicit, quod sicut in fideicommissum succeditur primo acquirenti non ultimo morienti, sic etiam attenditur proximitas testatoris, non ultimi morientis (3). Da questo luogo parimenti si rileva una semplice analogia che far volle l'autore scegliendo tra l'eredità ed il fedecommissario quello dei due paragoni che potesse meglio spiegare l'anomalia del patto di Capuana e Nido.

Ed infine più propriamente spiegossi Francesco d'Andrea, comechè avesse inteso esprimere la medesima idea: *perchè questo piuttosto dee dirsi caso di restituzione che di successione ad instar della restituzione che si fa ex fideicommissum*. Siffatte espressioni serbano meglio la differenza che passa tra la similitudine e la realtà, e non solamente s'intendono senza equivoco, ma dichiariscono anche lo stesso concetto spiegato con differenti termini dagli altri. In somma la similitudine è nel solo vocabolo della restituzione, ma non nella causa dalla quale procede, e chi assimila l'effetto dopo aver definito la causa distingue e non confonde le due cose assimilate.

Opinione di Gio: Francesco de Pon'e.

Ma qual è il fondamento dell'opinione di coloro che hanno voluto confondere il patto col fedecommissario? Prima l'origine e poi la disamina di questa opinione ne dimostreranno la vanità e l'errore.

Gio: Francesco de Ponte scrisse il LXXI de' suoi consigli per la causa in cui fu pronunziata la decisione xcu del presidente de Franchis. Difese egli allora gli eredi di Giacomo Caracciolo e adoperò ogni studio per abbattere i principi di Na-

polano, e quelli della decisione cccxxvii di Afflitto. Il S. C. non pertanto con due sentenze, ed a ruote giunte, rigettò gli argomenti di de Ponte e stabilì quella massima, che è il più solenne carattere del diritto di reversione, *succedi matri et non filiae*. Ora di tutti gli alleganti de' tempestuosi, i quali hanno seguito la stessa opinione di Gio: Francesco, non si trova alcuno che non siasi appoggiato alla sua autorità, o che abbia addotto diversi

(1) Vedi Gio: Ang. Pisanelli ad Neap. super cons. si quis vel si qua post. n. 186 fol. 117.

Afflitto Decis. CCXXXVII n. 2.

Iac. Agn. de Bottis addit. ad cons.

si quis vel si qua tit. 73.

Rovito Decis. XCIX n. 8.

Agnello Amato cons. 26 n. 34.

Carlo de Rosa glossog. n. 318.

Prorenziale observ. XV ad cons.

si quis vel si qua.

De Marinis resol. juris lib 1 cap.

343 n. 9, 10, 11, 14, 15, 17,

18 e 19.

Marciano disput. VIII n. 19.

(2) In addit. tom. 2 fol. 151 n. 6.

(3) In allegat. pro duce Belcastri impressa in addit. Blasii Altinori ad dec. 100 Roviti pag. 333 col. 1.

o più forti argomenti de' suoi. Demandiamo però in primo luogo, se faccia autorità un'opinione riprovata dalla sentenza del giudice? Ed in secondo luogo per onor dello stesso de Ponte notiamo, che essendo già magistrato scrisse il notissimo libro *de potestate proregis*, nel quale ebbe pure occasione di parlare del patto e delle differenze che lo distingueva dall'uso de' *proceri* e *magnoti* e dal diritto comune. Ora parlando ivi di tali differenze si riferì alla decisione *ccxxviii* di Afflitto, fece menzione della decisione allora di recente pronunziata per l'eredità di Muzio Pignatelli, o coobiusse: *quod non erit discedendum a decisio per nostros antiquos patres tom eminentes et versatos in hac materia consuetudinum* (1); il che fu dal P. Molfese interpretato come una ritrattazione della prima opinione (2).

E passando poi all'intrinseco valore della stessa opinione, duo furono i più tisi argomenti de' quali si valse per porre alla tortura il senso di Napodano, e per confutare Afflitto: il primo che essendo scopo del patto l'esclusione de' genitori, ottenuta questa, tutto il rimanente dovesse procedere secondo la consuetudine *si quis vel si qua*. Costo argomento è mentovato nella decisione *xen*, e fu dal S. C. rigettato e confutato. L'esclusione de' genitori fu certamente la prima origine del patto, ma il fine del patto medesimo fu la conservazione ed il ritorno de' beni, sì che la questione versava circa il vedere quel che le parti avessero convenuto e non circa ciò che fosse caduto nelle prime cogitazioni di coloro, i quali videro la necessità della nuova cautela.

Il secondo argomento fu che il patto non escludeva se non una sostituzione

compeodiosa a' figliuoli nati dal matrimonio contratto alla nuova maniera, il perchè verificato il caso di tal sostituzione dovevasi succedere all'ultimo moriente, come in ogni altro caso di sostituzione. Costo argomento specioso ed apparente, era difettoso nelle sue fondamenta, ed era stato già preveuto dalla sagacità di Napodano. Qual'è la persona sostituita ai figliuoli? Se è una seconda persona oltre al disponente l'argomento è vero; ma se è la stessa persona del disponente l'argomento è falso, ed invece della sostituzione trovasi il diritto di ritorno. Ora Napodano risolvette il dubbio in più luoghi, e specialmente in quello sopra tutti gli altri notabile: *cum dicta renunciatio fuerit concepta in persona uxoris pro hereditibus suis in casu non existentium filiorum, qui casus jam evenit: ergo de illis hereditibus videtur fuisse et fuit actum qui succederent uxori non existentibus filiis* (3). Adunque se la rinunzia dell'un coninge fu concepta in favor dell'altro, gli eredi vengono rappresentando la stessa persona di lui, e però manca la seconda persona gratificata, il che costituirebbe la sostituzione fedecommissaria (4).

Tal'è l'opinione di de Poote da lui stesso riprovata, e che molti dopo di lui ripeterono per l'interesse della causa che sostenevano. Di questo numero furono Giannandrea di Giorgio, Scipione Teodoro ed Ettore Capecelatro, sebbene quest'ultimo sembri ondeggiare tra le due contrarie sentenze. Il detto di tutti costoro vale tanto quanto quello dell'ontesignano, ed è sforzo di ambidue i requisiti che sogliono dar forza alle opinioni degli scrittori del foro, cioè l'autorità e la ragione.

Opinione di Laratha.

Surse iodi nel secolo seguente uno scrittore, il quale ravvisò nella consuetudine *si quis vel si qua* un fedecom-

nesso legale. Questi fu Camillo Laratha giudice di Vicaria de' principi del xvii secolo, ed autore di alcuni consigli e

(1) *De Ponte de Potest. Pror. De success. mulier.* n. 22 e 23.

(2) *Molfese ad consuet. neapol. de renunciatio. quart.* 15 n. 4 a 15.

(3) *V. sopra a pag.* 185.

(4) *V. de Ponte cons.* 61 vol. 1 n. 15 e 16.

responsi legali (1). Ma tanto il consigliere Provenzale, quanto Carlo de Rosa desidero una tale opinione, specialmente per la conseguenza che da questa avrebbersi potuto trarre a rispetto del patto di Capuana e Nido (2).

Finalmente poco ci fermeremo sopra

l'opinione di Giuseppe de Rosa, nella scelta delle sue consultazioni, perchè da giudice rispose a se stesso, e diede l'esempio di quel candore d'animo e di quell'amore per la verità che distinguono il magistrato ed il giureconsulto dall'allegante (3).

IX.

La rinuncia è adoperata nel patto come mezzo coordinato al fine della restituzione.

È teorema di diritto che quando la legge ha stabilito l'equiponderanza di due cose, si può scambiare o assumere l'una per l'altra, ottenendone sempre il medesimo effetto. Del pari dimostrato è, che può la legge per una giusta causa fingere che una cosa sia nel tempo presente o nel passato, comechè manchi la sua reale esistenza; e sopra tal potestà della legge sono fondate tutte quelle che diconsi presunzioni di diritto. Così per finzione della legge Cornelia il cittadino ridotto in cattività avevasi per morto nell'ultimo momento della sua libertà; e per una simile presunzione quando che fosse restituito alla cittadinanza avevasi, come se non avesse giammai perduto i

diritti suoi. In questi ed in tutti gli altri casi, ne quali la legge ha eredito utile l'assumere per vero quel che era solamente possibile, la finzione giova tanto quanto la verità, comando per ministero della legge stessa ogni differenza tra l'atto reale ed il fatto presunto. E però dove un'obbligazione sia fondata sopra una finzione di diritto, può discostarsi se l'obbligazione sia valida, ma una volta ammessa la sua validità non si può distinguere tra gli effetti della verità naturale e della legale (4). Premesso tali nozioni sarà facile il concepire come operi la rinuncia contenuta nel patto, ma giova prima determinare a che siasi rinunciato ed in favor di quali persone.

Validità della rinuncia.

Ciascun coniuge ha rinunciato a' beni dell'altro, che si sarebbero trovati nell'eredità de' comuni figliuoli, se costoro fossero morti intestati e senza discendenti. È vero non pertanto che quando la rinuncia è stata fatta, il rinunziante non aveva acquistato il diritto del quale ha voluto spogliarsi, ma solamente prevedeva che potesse un giorno appartenere-

gli. Questa rinuncia è forse riprovata dalla legge? No:

1. perchè le leggi romane odiavano le rinunzie dell'eredità degli uomini viventi (5);

2. perchè permettevano le rinunzie di certi e particolari beni, specialmente quando erano fatte per cagione di matrimonio (6);

(1) *Consil.* 115.

(2) *V. Provenzale e de Rosa loc. cit.*

(3) *V. sopra a pag.* 196.

(4) *Aceran. Interpr. Jur. lib. III cap. XXI n. 17.*

Altazerra de Fiction. Jur. Tract. I cap. II.

(5) *L. 4 C. de inutil. stipul.*

L. 34 C. de transact.

L. 15 C. de pact. con.

(6) *L. 12 D. de pact. dotat.*

Strykio Pandect. lib. 2 tit. 14 de pact. §. 18.

Id. suppl. dissert. III cap. 6 de pactis. §. 6.

Id. de succes. ab intest. disp. 8 cap. 3 §. 25.

Cristian. Thomas. disput. inaug. de pact. dotat.

3. perchè non era vietato, anzi era permesso, il disporre de' diritti futuri, i quali allorchè verificavansi, ecevanli come presenti nel tempo della disposizione (1);

4. perchè le leggi romane espressamente permettevano i patti di futura successione anche universale, quandochè riguardassero intere persone viventi o non viventi (2);

5. perchè nell' uso dell' occidentale furono ricevuti anche i patti di futura successione di persone certe e viventi, per favore di matrimonio (3);

6. e finalmente perchè non si è giammai dubitato della validità dell' anzidetta rinuncia insino a che abbiamo avuto col diritto romano e colle nostre leggi municipali (4).

Persone in favor delle quali fu utilmente rinunziato.

La rinunzia fu fatta da un coniuge in favor dell' altro e de' suoi eredi. Chiamasi costoro eredi della linea o agnati, la differenza del nome non sorve se non a dinotare le persone, ed a spiegare il fine della rinunzia. Ma certamente costoro non potranno venire se non come eredi del coniuge in favor del quale fu fatta la rinunzia, e vi verrenno se il diritto si verificherà nel tempo in cui il coniuge stesso più non esisterà. Or costoro coniuge mentecchè ha stipulato un diritto utile per gli eredi suoi, ha rinunziato anche per se e per loro ad un diritto eventuale che avrebbe potuto acquistare sopra i beni dell' altro coniuge.

Per evitare l'ambiguità che nasce dal diritto alternativo de' due lati, paterno e materno, chiamiamo quel primo coniuge il marito, e questo secondo le moglie. Ora potrebbero gli eredi della moglie profittare della stipulazione pel ritorno de' beni materni, impugnandola poi pei paterni? potrebbero giovare delle rinunzia del marito per escludere costui dai beni che avrebbe ereditato dal figliuolo, e rifiutare gli effetti dell' uguale rinunzia fatta dalla madre? No! potrebbero per molte manifestissime ragioni:

1. Allorchè la madre ha rinunziato ai beni paterni, i congiunti consanguinei di lei non erano nel parentado del futuro sposo, e non avevano diritto a' suoi beni. Il diritto loro comincia dal matrimonio, il quale fu contratto sotto questa condizione, sì che quando pretendessero succedere a' figliuoli dello stesso matrimonio troverebbero contro di loro la condizione di quel fatto medesimo del quale intenderebbono giovare, e per conseguente la loro azione resisterebbe ella regola: *ex qua persona quis lucrum caput ejus factum praeistare debet* (5).

2. Il loro diritto non potrebbe nascere se non dall'esistenza de' figliuoli, de' poichè l'affinità col padre passò ed essere cognazione ne' figliuoli. Ma dove o non sono nati figliuoli, o si hanno come non nati nell'interesse de' coniugi, cessa la causa del diritto e per conseguente cessa anche l'effetto. Il marito e per lui i suoi eredi invocherebbero la massima: *non sequuta promissi fide, domini jus in suam causam reverti convenit* (6). Quest' è quel principio che applicato a tutti gli atti che nascono sie dalle legge, sia dal fatto dell' uomo, è stato generalmente enunciato ed illustrato in quel notissimo

(1) *L. 8 D. de contrah. empt.*

L. 73 D. de verb. oblig.

L. ultim. C. quae res pign. obl. poss.

L. 3 C. de donat.

(2) *L. 3 D. pro socio.*

L. 23 D. de action. empt.

Cujac. in Tit. 1 de act. empt. lib.

XIX Dig. T. VII col. 790 Ed.

Ncap.

Coroli Molinaei Consil. XV.

Strykio de Pact. Sect. III cap. 6.

(3) *Novella Leonis XIX.*

Cujac. alla detta Novella.

Strykio a' luoghi sopra citati.

Fabro Tit. de Pact. conc. def. VI, VII, VIII.

(4) *V. Napodano ad cons. si qu's vel si qua glos. n. 187 e 197 a 204.*

(5) *L. 149 D. De R. J.*

(6) *L. 6 C. de pact. inter emp. et rendit. compas.*

trattato *cessante causa cessat effectus* (1).

3. Se i congiunti della madre sentono il beneficio della rinunzia del padre non possono non soffrire il danno che deriva dalla rinunzia della madre, e sentendo il giovamento d'una parte dell'atto, non possono risguardare l'altra come estranea a loro, per virtù dell'altra regola, *cujus effectus omnibus prodest, eas et partes ad omnes pertinent* (2).

4. I congiunti della madre vengono come eredi di lei allorchè mancano i figliuoli, sì che per la qualità ereditaria e per la stessa ragione di sopra espressa (3) sono obbligati dal fatto di colei, di cui rappresentano la persona. Che se anche venir potessero come eredi de' figliuoli morti in condiz'one e costoro fossero stati eredi de'genitori, sarebbero respinti per la medesima ragione, comune anche all'erede dell'erede: *qui ei heres existit qui Titio heres fuit, Titio quoque videtur heres esse* (4).

5. I congiunti materni, allorchè vivevano tra noi le consuetudini napoletane, erano esclusi da' beni del padre, a' quali erano chiamati i prossimi congiunti della linea paterna. Ma allorchè questa parte della consuetudine *si quis vel si qua* inserita nel patto di Capuana e Nido fu ridotta in istipulazione, la loro esclusione non rimase sotto l'impero della legge, ma divenne obbligatoria per contratto, il che risulta non solamente da quello che in generale è stato detto circa una tal quistione, ma dall'espressa autorità de' maggiori scrittori della materia.

6. I patti contenuti ne' capitoli matrimoniali obbligano per loro essenza tutte le persone che hanno causa da' contraenti tra per le ragioni di sopra espresso, e per la connessione colla quale stanno insieme il contratto e tutte le sue con-

dizioni: *omnia*, dice Agnello Amato, *in capitulis matrimonialibus contenta dicuntur pars matrimonii, et quemadmodum matrimonium est indissolubile, sic et omnia in capitulis contenta revocari non possunt* (5).

7. Astrazion fatta dall'uso generale che rendeva obbligatori pe' congiunti i patti che i coniugi facevano intorno ai rispettivi beni, i patti reciprochi erano operativi non solamente per la presunta volontà, ma per lo fatto stesso de' contraenti.

Il figliuolo gravato d'un fedecommesso sopra la legittima querelar poteva d'innofficioso il paterno testamento; ma se il fedecommesso fosse stato reciproco tra due figli cessava il diritto della querela perchè erano posti in uguale speranza (6). La stessa cosa era stabilita per la donazione tra marito e moglie (7), ed in molti altri casi di diritto accennati dallo stesso Napodano (8). Or la ragione di queste leggi si scambia quasi colle altre già dette. Imperciocchè se la consuetudine e l'utilità generale permettevano tali patti, e se questi erano per una parte vantaggiosi ad una delle due linee, è necessità che fossero rispettati anche per l'altra.

8. Risguardato il patto come una *convenzione legittima*, non si può presumere che il beneficio o favore del legislatore sia stato dispensato agli uni più largamente che agli altri. *Non est ferendum*, dice la legge, *eos qui praefatas praerogativas praetendunt, aliquid plus ab adversariis suis quaerere concedi, quam ipsi ab aliis pulsati facere patiantur* (9). E per verità questo è stato l'argomento per lo quale furono nelle antichissime formole del patto uguagliati i due casi della restituzione, e fu dagli' interpreti e da' tribunali tenuto

(1) *Tiraqueou Trac. cessante causa cessat effectus.*

(2) *L. 148 D. de R. J.*

(3) *L. 149 D. de R. J.*

L. cum a matre C. de rei vind.

(4) *L. 7 §. 2 D. de adq. her.*

(5) *Consil. 86 n. 19.*

(6) *L. XII C. de inoff. test.*

(7) *L. quod autem §. si vir D. de donat. inter vir. et ux.*

(8) *V. sopra a pag. 183.*

(9) *L. V C. de fructib. et litum expensis.*

per indubitato l'uguale e reciproco effetto di quello a rispetto de' congiunti de' due lati.

Ma tutti gli argomenti sin qua addotti potrebbero essere giudicati necessari se si trattasse di escludere per virtù del patto i discendenti d' uno de' coniugi, i quali soli possono allegare un diritto proprio, ma sono superflui pe' collateralmente degli stessi genitori, sopra tutto quando sono riconosciute come incontra-

stabili le due massime, cioè che si succede a' genitori e non a' figliuoli, e che i figliuoli morti in condizione si hanno come non nati. Attesa questa presunzione specialmente, la cosa torna a quel punto in cui era, quando non era ancora nata la cognazione, nè per conseguente il diritto di aspirare alla successione del padre. Ma una tale presunzione è legittima? Questo è quel che risulterà dall' esame della qualità della rinunzia.

Qualità della rinunzia.

Continuando a scegliere l'esempio d'una delle due rinunzie, la moglie ha rinunziato a' beni del marito che si troveranno nell'eredità del figliuolo se questi muoia intascato e senza discendenti. Quando questo caso si verifichi si è obbligato di riputarsi come morto, o come se essendo stata deferita l'eredità del figlio l'avesse ripudiata, o come se non fossero giammai nati figliuoli dal matrimonio, o finalmente come se non fosse stato giammai contratto matrimonio. Tutte queste presunzioni o finzioni legali non sono se non diversi modi di esprimere una sola idea, la quale è: cessando il fine o la causa del nostro matrimonio cessi l'effetto delle nostre liberalità.

Ciò non pertanto non è mancato qualche scrittore che ha letto in questa scala d'ipotesi un'addoppiatura di finzioni di diritto contraria alla regola: *duas finctiones simul in eadem re non concurrere*. Ma sono più le finzioni, ovvero è una sola? e se anche fossero più, è vera la regola che si cita?

La finzione è una, ed è il torre di mezzo la momentanea esistenza de' figliuoli. Ciò si ottiene ugualmente o rimuovendo il mezzo della madre, o figurando non fatto il matrimonio, o avendo come non nati i figliuoli. Qualunque di queste ipotesi si scelga si giugne sempre alla conseguenza che i contraenti vollero ricavarne. E di fatti non altri.izzati il S. C.

decise doversi succedere al padre e non al figlio, se non perchè ammise la finzione che il figlio non fosse nato. Ora tanto è il presupporre non nati i figliuoli, quanto il fingere non fatto il matrimonio, o dati i beni al figliuolo dopo la morte della madre, o deferita l'eredità alla madre e da costei rinunziata al marito. Una è dunque la finzione, e più sono gli equipollenti pe' quali è espressa.

Ma negasi da noi anche la regola, siccome il dimostrò uno de' più eruditi interpreti della Francia, la cui autorità è stata somma tra noi come dappertutto (1). Surge questo detto nella prima età dello scolo del diritto per un argomento malamente ricavato dalla legge *is qui pro emptore D. de usucap.* E che più finzioni di diritto possano insieme concorrere il dimostrano gli esempi stessi del diritto. Difatti nel caso del ritorno del figliuolo dalla cattività due erano le finzioni di diritto che la legge faceva valere, siccome espressamente dice il giureconsulto Pomponio: *duplicem in eo causam esse postliminii: quod pater eum reciperet, et ipse jus suum* (2); siccome del pari due erano le finzioni alle quali ricorrevansi nell'adozione del nipote, ed in altri casi che sarebbe superfluo ricordare (3).

Per la qual cosa purgata dalla nota d'illegalità le finzioni sopra le quali riposa la rinunzia, vediamo quale ne sia

(1) *Ant. Dodini Altaserra de finctionibus juris.*

(2) *L. 14 D. de captiv. et de postlim. rev.*

(3) *L. adoptiones D. de adopt.*

L. postliminium in princ. D. de captiv. et de postlim.

L. cum et postlim. C. eod.

l'effetto. La persona della madre non è stata giammai esistente, e quindi nulla ha mai prodotto di se, acciocchè i beni tornino a colui al quale appartenevano *in pœe, sine molestia et contrarietate quacumque ap omni exceptione remota*. È dunque una rinunzia specialissima, la quale ha oltre a' suoi propri caratteri tutti quegli altri, che aver possono le rinunzie dette reali estintive ed abdicative. Per tale l'hanno definita tutti gli

scrittori posteriori seoa alcuna discrepanza. Ma siccome gli effetti di cotesta rinunzia sono stati determinati dalla volontà delle stesse parti contraenti, e non sono rimessi all'interpretazione di clausole comuni, così l'assimilazione fattane al genere delle estintive non dee toglierle nulla del proprio, per la regola: *in toto jure generi per speciem derogatur*.

Assimilazione alle rinunzie de'claustrali.

Senza rimescere le numerose categorie, che i forensi hanno fatto delle rinunzie, stabiliamo alcune sicure dottrine proprie a dimostrare come, e sin dove possa farsi il paragone tra le rinunzie de' religiosi e quella specialmente espressa nel patto di Capuana e Nido.

1. È certamente reale estintiva ed abdicativa quella rinunzia per la quale taluno nulla cede o trasferisce ad un altro, ma toglie se di mezzo, e rende negativa la sua esistenza, per modo che non potendo più essere contato nel numero de' viventi, apra il luogo agli altri che sono nello stesso, o in più remoto grado (1).

2. Nelle rinunzie personali e nelle miste innumerevoli sono state le questioni intorno alla loro esdicità, e difficile n' è stata la soluzione, perchè si è voluto ora ampliare ed ora restringere colle regole del diritto l'interpretazione della volontà delle parti contraenti (2).

3. Se una rinunzia sia personale, reale o mista non somministra il diritto altre

regole, tranne il prudente uso delle conghietture relative alla natura dell'atto ed al modo nel quale le parti hanno espresso la loro volontà (3).

4. Possono le rinunzie de'claustrali essere anche personali o miste; ma quando sia in quelle chiaramente espresso il fine di rinunziare al mondo, e di dedicarsi al Signore Iddio, si hanno come reali estintive ed abdicative (4).

5. Nelle rinunzie reali ed estintive dei religiosi cessano tutte le controversie intorno alla loro caducità, ed è estraneo al soggetto il vedere se sieno morti prima o dopo del rinunziante coloro alla cui eredità, o in favor de' quali fu rinunziato, dappoichè contengono tutti i casi preveduti ed impreveduti, o per meglio dire contengono un universale antidivimento il quale in se comprende tutti i casi particolari. Il rinunziante vinto dal desiderio di escludere se stesso, si è dichiarato indifferente a qualunque altro futuro o possibile avvenimento (5).

6. Di questa specie è la rinunzia con-

(1) Card. De Luca de Renunc. Disc. 1 n. 5.

Rovito Consil. 42, 43, 44.

(2) Rovito Consil. 42.

Card. de Luca ibid. n. 25.

(3) De Luca loc. cit. n. 7.

(4) De Franck. dec. s. 375.

Capocelatro consult. 77 n. 46.

De Marinis lib. II Resolut. Cop. 189 n. 22.

Rovito Consil. 42, 43.

Altissimi a Rovito ibid.

(5) Capocelatro consult. 76 n. 33 e 36.

Consult. 77 n. 77.

Giudicato del S. C. a ruote giunte ivi riferito.

Mantica de tacitis lib. 13 tit. 21 n. 20.

Gratian. discept. for. cap. 568.

Rovito consil. 42.

Thoro compend. P. I renunciatio facta.

Capocelatro consult. 76 n. 43, 46.

Consult. 77 n. 53.

Donad. de renunciat. cap. 3 n. 8, 27, 33.

tenuta nel patto di Capuana e Nido, ed a questa e non ad altra è stata equiparata (1).

Siaci permesso onorare del nome di teoremi della materia delle rinunzie le sei dinotate proposizioni, delle quali abbiamo altrove dato un'apodittica dimostrazione. E però domandiamo quale sia lo scopo di coloro che cercano investigare se una rinunzia sia assoluta o relativa, reale o personale? Certamente il discernere se il caso avvenuto fosse stato o pur no nel pensiero del rinunziante. Ora nel patto di Capuana e Nido il caso che è avvenuto è espresso, dappoichè si volle che in qualunque tempo e per qualunque modo i beni paterui toccati a' figliuoli non andassero per legittima successione alla madre o a' suoi eredi, ma tornassero al padre ed alla sua linea, o sia a coloro che sarebbero eredi in difetto dei figliuoli.

La rinunzia dunque scritta nel patto perde e non guadagna dal paragone con quelle de' claustrali; ma pure se vogliasi per analogia di diritto a queste assimilare

dovrà per lo meno giudicarsi d'una pari efficacia. Or da questo medesimo paragone sorge un argomento maggiore degli altri. Il nostro legistore Napodano (che tal è il nome da lui meritato nel foro) nell'aver determinato l'effetto della rinunzia non solamente adoperò ogni studio per evitare le dubbiezze dell'interpretazione, ma inteso indicare la connessione tra la causa e l'effetto, il che apparisce manifesto e dall'ordine e dalle parole stesse della glossa: il padre o la madre facciano non tale rinunzia, che i beni rispettivi tornino a' loro propri eredi quando dal matrimonio non nascano figliuoli, e se questi nascano e non sopravvivano, si abbiano come non nati. E però se il caso del nascimento de' figli si è esteso anche al di là della verità naturale e si è confuso con quello della morte immatura, non si può supporre alcuna restrizione nell'intenzione de' rinunzianti; altrimenti sarebbe stato inutile il creare una finzione di diritto per ottenere meno di quello che può produrre di per se sola la verità naturale.

X.

Risposta ad alcune obiezioni.

Siccome il contrapposto della verità è l'errore, così sarà questo il vocabolo partitore della nostra nuova materia.

I. ERRORE.

Che il solo scopo del patto sia l'esclusione de' genitori.

Si ripete con somma pertinacia da taluni scrittori che l'unico scopo del patto fu il supplire al caso omissa dalla consuetudine *si quis vel si qua*. Cotesta proposizione fu detta da Gianfrancesco de Ponte, mentovata nella decisione xxi del presidente de Franchis, e rigettata dal Sagro Consiglio con più decisioni a ruote giunte, o dallo stesso Consiglio Collaterale: ella è in aperta opposizione colla massima *succedi pa-*

tri vel matri, et non filio, dappoichè se il patto non operasse altro effetto se non l'esclusione de' genitori, si succederebbe al figliuolo omissa la persona impedita: è in apertissima contraddizione con Napodano il quale ha detto che morando il figliuolo i beni tornano a coloro che sarebbero stati gli eredi de' genitori se figliuoli non fossero nati: è diametralmente contraria alla formola del patto, alla clau-

Roeca disput. jur. T. 1. cap. 13
n. 8.
Bottillier. theorems. 49 n. 35.
Prato discept. forens. cap. 32 n.

82 tom. 4.
Scoppa a Merlin. cap. 5 n. 19
cent. 1.
(1) *Decis. 352 De Franchis.*

sola *adita vel non adita*, ed alla decisione 237 di Affitto. Coloro dunque che la sostengono si fermano alla prima necessità la quale suggerì l'idea del patto, e che ne fu la *causa occasionale*; e si fanno a rievocare una vecchia proposizio-

ne, della quale ebbe romore lo stesso Gianfrancesco de Ponte. Per quanto sia grande l'autorità di questi scrittori, nessuno certamente potrà anteporla a' giudicati ed al giudizio de' sommi uomini che hanno insegnato il contrario.

II. ERRORI.

Che il patto sia accessorio della consuetudine.

Verità generali.

Il nodo dell'argomento che si fa in contrario è: il patto di Capuana e Nido altro non faceva se non ridurre in convenzione la consuetudine *si quis vel si qua* o supplire al voto della medesima, o sia escludere i genitori dalla successione dei figli. Presupponendo che null'altro avesse aggiunto il patto, il che non è, e ragionando in questa ipotesi, domandiamo: la consuetudine restava legge, o acquistava la natura e gli effetti d'un contratto?

E regola generale di diritto che le azioni le quali nascono dal contratto non sono circoscritte da luogo, e sebbene per loro natura incorporali, *possunt ubicumque jus suum et effectum corporalem extendere* (1). Cotesta regola va applicata anche a tutte le azioni personali, nascenti da quasi contratti e rende ragione del perchè la permissione delle alienazioni delle cose de' pupilli comprenda

i beni ovunque siti, del perchè l'interdizione abbracci tutte le proprietà dell'interdetto, e del perchè gli effetti della tutela si estendano a tutto ciò che il pupillo ovunque possiede (2). Per la qual cosa la donna che per la restituzione della dote e pe' lucri dotali sarebbe soggetta alla legge del domicilio del marito (3), se voglia acquistare una maggior sicurezza, o le piaccia rendere la legge del domicilio comune a tutte le sue proprietà altrove sito, ricorre al contratto, e trova in quello il beneficio che dalla legge stessa non potrebbe ricevere. Quindi s'introdusse il costume di ridurre in patto, o la legge del domicilio del marito o quella del domicilio della moglie, o anche di sceglierne una terza. In tal caso non si estendeva già l'impero della legge al di là del suo territorio, ma davasi alla legge la forza del contratto.

Giurisprudenza Francese.

E discendendo al particolare delle convenzioni matrimoniali fatte in utilità sia del marito sia della moglie, non è stato giammai da alcuno contraddetta l'opinione che la legge ridotta in patto espresso, operasse come patto. Carlo Dumoulin, giustamente detto il Papiano della Francia, non solamente insegnò che la legge ridotta in patto acquisti la natura e gli effetti d'ogni altra convenzione, ma

eredette altresì che le consuetudini del luogo dove il matrimonio si contrae formassero un patto tacito del matrimonio stesso, e però dovessero i suoi effetti estendersi a' beni ovunque siti, comechè non vi fosse in quella fatta menzione della consuetudine: *ista consuetudo inducit tacitum contractum societatis, et ille tacitus contractus extenditur ad omnia bona ubicumque*. Fu questa l'opinione

(1) *L. ult. C. de praescript. long. temp.*

(2) *L. magis puto §. illud quaeritur D. de reb. cor., qui ec.*

Jason ad L. cunctos populos C. de Summa Trinitate.

(3) *L. exigere dotem D. de judic.*

contraddetta dall'altro chiarissimo Francese Bertrando d'Argentré, il quale non dubitò che nel caso dell'espressa convenzione avesse luogo l'azione del contratto, ma tenne solamente che senza la clausola *ubicumque sibi* dovesse l'intelligenza del contratto essere subordinata a quella dello statuto. Sebbene la sentenza di Argentré avesse trovato qualche fautore fuori della Francia, ciò non pertanto quivi prevalse quella di Dumoulin, siccome

l'attestano il Boullenois nel trattato degli statuti reali e personali, o l'illustro autore del repertorio di giurisprudenza. Il primo dice: *l'opinione di Dumoulin è stata seguita da' nostri costumi, e non adatteremmo una contraria decisione*; il secondo il conferma: *da lungo tempo l'opinione di Dumoulin non ha più contraddittori a Parigi: non è lo stesso degli altri tribunali*.

Universalità di questa giurisprudenza.

Chechè sia dell'a forza del tacito noi siamo nel caso dell'espresso, intorno al quale è stata concorde l'opinione dei giureconsulti e de' magistrati di tutto il resto dell'Europa. Imperciocchè non solamente l'anzidetta dottrina è una conseguenza de' principj del diritto, di sopra esposti, ma è stata sin dal suo nascere l'opinione di tutti gli scrittori italiani. Di questi il primo fu Baldo il quale distinguendo gli effetti della giurisdizione eh'è sempre limitata dal territorio, da quelli del contratto spiegò che gli effetti di questo non sono punto alterati dal sito de' beni, comechè posti in alieno territorio (1). Una tal distinzione fu altresì accolta ed illustrata da Filippo Decio, il cui consiglio commentando ricavò Dumoulin la surriferita dottrina.

Inoltre Fanuccio de Fanucci egregio commentatore degli statuti della città di Luca nel trattato *de lucro dotis* applicò una tal distinzione al caso appunto del contratto nuziale, nel quale il marito aveva pattuito che qualora la moglie fosse morta senza figliuoli, avesse egli dovuto lucrare la dote: dubitosi allora qualo azione competesse, se quella che somministrava lo statuto del luogo del domicilio, ovvero l'azione del contratto anche pe' beni siti in diverso territorio: conchinsse coll'autorità d'Alberto Bruno, altro rino-

mato sposatore della materia degli statuti, non doversi confondere gli effetti della legge o della consuetudine con quelli del contratto: *quia consuetudo localis ad suum locum restringitur ac infra suos confines coartatur. Sed non est verum ab ista disputatione pendere solutionem quaestionis nostrae, quia maritus solo statuto non nititur in faciendo dotis lucro, sed ipso dotis contractu continente relative dispositionem statuti; eorum ergo opinio nititur in falso praesupposito, unde manifeste redditur falsa. Et quis non videt, aliud est statutum deferre bona vel hereditatem mulieris, et aliud quod ex contractu debeatur post ejus mortem certa pars dotis?* (2)

Il Tudeschi conosciuto col nome di Abate palermitano applicando i medesimi principj alla persone privilegiate, le quali comechè esenti dagli statuti, si possono non pertanto a quelli sottomettere, allo stesso modo distinguo gli effetti della legge e della libera volontà de' contraenti: *sicut enim possunt se submittere sententiae latae ab alieno iudice ut habeat vim pacti, ita possunt se submittere statutis locorum quoad decisionem causae ex pacti, non autem ex statutorum* (3).

Ed in fine il cardinal de Luca ripetendo in più luoghi e la differenza e gli

(1) Baldo Consil. 208.

(2) Phanucius de Phanucci Jurisc. Lucensis ad cap. XIX statutorum civitatis Lucensis. Commentarii de lucro dotis in rubr. de dote restituenda solito matrimonio per mortem mulieris liberis

non extantibus Collect. Tractatum illud atrium T. IX, fol. 408 a 448 Venet. 1584.

(3) Abbas Panormitanus P. II Consil. XXXIII.

effetti che rispettivamente risultano dalla legge e dal patto, non solamente conferma lo stesso principio, ma dimostra come la medesima ragione possa essere adoperata a sciogliere altre questioni di diritto, che a prima vista sembrerebbero affatto diverse dalla presente. Non altra egli afferma essere la ragione per la quale un testamento scritto colle forme per-

messe dallo statuto d'un luogo produce il suo effetto anche a rispetto de' beni situati fuori del territorio dello statuto medesimo. La ragione è riposta nella volontà e nel fatto di colui che vi si sottopone, rendendo così generale quella disposizione che di sua natura sarebbe particolare.

Giurisprudenza napoletana.

Sin qua della giurisprudenza degli altri popoli, da cui non è diversa la nostra. Di questa scegliasi per ora la parte che concerne la dottrina in generale, riservandoci di vederne l'applicazione al patto di Capuana e Nido.

1. Scipione Rovito nella centesima delle sue decisioni va nella sentenza di Dumoulin, e dimostra esser questa l'opinione presso di noi ricevuta: *quod procedit etiam si non expresse sed tacite quis se submittat huic consuetudini ut in dote quas si fuerit submissa consuetudini, comprehendit etiam bona extra territorium ex mente contrahentium.*

2. Andrea Molfese riferisce essersi dubitato nel caso di una donna straniera se fosse valido il patto col quale erasi pe' beni dotali situati fuori di Napoli sottomessa alle disposizioni delle nostre consuetudini. La risposta fu affermativa per più ragioni, tra le quali è la seguente: *quia etiam si dicta Maria in hac civitate non habitasset, poterat se submittere consuetudinibus huius civitatis, quoniam non subditus alicui legi, etiam si esset superior posset se obligare.*

3. Il reggente de Ponte non solamente tratta del converso caso, cioè del suddito il quale sceglia per patto una legge diversa di quella alla quale sarebbe stato soggetto, ma congiunge e paragona insieme tutti i tre casi cioè della legge simile mutata in patto, della legge diversa, e del contratto dell'estero o del suddito; in ciascuno di questi casi la legge del contratto è quella che prevale, perchè *a consuetudine civilis contrahentes recesserunt: nam dicatur mihi quare si exteris in regno matrimonium contrahit secundum morem re-*

gni, nonne observabuntur constitutiones capitula et pragmaticas et in defectum jus commune? ita pariter est in hoc casu ubi sic contrahentes voluerunt.

4. Il reggente Fabio Capece Galeota estese la medesima dottrina anche agli atti taciti, per la ragione che *faciens actum nudum expresse sed tacite, videtur se obligare et submittere legibus de illo actu loquentibus, et illius formam observare velle.*

5. Giambattista Odierna rispondendo alla questione se la parte della dote riservata a figliuoli ed agli agnati passi loro colla qualità ereditaria, ovvero del proprio diritto osserva: *hodie cessat difficultas, quia ut plurimum in capitulis matrimonialibus consuetudines praedictas semper in pactum deducta, eis reservando facultatem disponendi servata forma dictae consuetudinis, unde portio illa non tam vigore consuetudinis, quam pacti ad filios atque pro-primiores pervenire dici.*

6. Gio: Francesco Marciano espone più esattamente la distinzione tra il patto e la consuetudine, e dopo avere anche rammentato l'opinione di Favucio e di Dumoulin, nota intorno agli effetti del patto: *attamen quando ultra consuetudinem pactio etiam concurrat contrahentium, bene vires suas extendit, ex eo quia possunt contrahentes de bonis suis ubicumque sita disporre ad libitum.*

7. Ed in fine il nostro Sorge rannunziando la stessa questione trattata da Capece Galeota e da Odierna, se cioè si richiegga la qualità ereditaria quando la restituzione della dote sia stata pe' capitoli matrimoniali promessa giusta la consuetudine: *cessat, dice egli, omnis controversia, cum non requiratur qualitas*

hereditaria, et eo quia portio consuetudinaria videtur deducta in pactum 1).

In somma riducendo le autorità in argomenti :

Conseguenze.

1. La legge non impera se non tra i limiti del suo territorio; per la regola del diritto civile *extra territorium jus dicenti impune non paretur*;

2. Questi limiti possono essere ampliati per volontà delle parti, le quali siccome hanno la facoltà di liberamente patteggiare, così hanno anche quella di prendere una legge come tipo d'un patto;

3. Una tal facoltà non è circoscritta da altri limiti se non da quelli che sono

comuni a' patti in generale: non derogare alle leggi d'ordine pubblico: non far nulla di vietato dalle leggi naturali o civili;

4. Quando si converta in patto una legge, sia propria, sia straniera, opera come patto e non come legge, si estende a' beni ovunque siti, comunica a' contrasenti ed a' loro aventi causa un diritto proprio, ennechè per legge aver dovessero la qualità ereditaria.

III. ERRORE.

Contorsione della massima succedi matri et non filiae.

Si è voluto dare da alcuni nuovo senso alla massima *succedi matri et non filiae*.

Cotesta massima, dicesi, fu stabilita nella causa di Muzio Pignatelli, al quale sopravvisse la madre. Costei aveva figliuoli d'un secondo matrimonio, sì che la disputa fu se al figlio Pignatelli, dovessero succedere i fratelli uterini, ovvero i congiunti del paterno lato. La madre sarebbe stata l'erode del figliuolo, ma attesa la rinunzia da lei fatta, a lei succedere dovevano i congiunti paterni e non al figliuolo. Quindi si disse si succeda alla madre e non al figliuolo.

La soluzione è nuova, perocchè gli autori di questa spiegazione dispongono a modo loro della storia, del fatto, e del diritto. Quanto alla storia, che anche il forn ha la sua, si è affatto messo da banda la decisione CCXXXVII di Afflitto e le due decisioni del Sacro Consiglio comprese nella xxi del presidente de Franchis; e solamente acciocchè quell'insigne unum non rimanesse nell'oscurità e nell'onta dell'errore, si è cercato fare una conciliazione di questa decisione con quel senso, che ad altri è piaciuto dare alla causa di Muzio Pignatelli.

Quanto al fatto la novella spiegazione è fallace pe' seguenti motivi :

1. Si è presupposto che nel caso della decisione del presidente de Franchis fosse superstiti il padre, il che non è; dappoichè superstiti in quel caso erano l'ava materna da una parte e le sorelle della nipote di figliuola dall'altra (2).

2. Non è vero che nella causa di Muzio Pignatelli si fosse disputato se dovesse succedere alla madre o alla figliuola, perchè la madre era allora vivente, siccome si rileva dalle allegazioni e di Fabio d'Anna e di Scipione Teodoro, e di Giannandrea di Giorgio. Trattossi allora se la rinunzia della madre potesse nuocere ai figliuoli del secondo letto, i quali venivano per proprio diritto; e se i beni paterni posti fuori del distretto della consuetudine e gli altri di nuovo acquisto fossero o no compresi nella disposizione del patto. Furono allora citate la decisione xcii, la cxxxvii di Afflitto, l'opinione di Gianfrancesco de Ponte o quant'altro erasi nella stessa materia allegato come argomento della natura della successione, e dell'indole del patto, ma non già come temi della causa.

(1) *Sorge enucl. cas. for. tom. VI de ult. vol. cap. XVI n. 3.*

(2) *V. sopra a pag. 187.*

Nella decisione *ccxxxviii* di Affitto, di cui la *xcii* di de Franchis è una imitazione, è espressamente detto che ambo i genitori fossero morti prima del figliuolo. Il caso che ivi si propone è che morto il padre, il figlio accettò la sua eredità, ed indi morta essendo la madre si confusero nella persona del figlio le paterne e materne ragioni. Ciò non pertanto alla morte del figliuolo senza discendenti, rivissero i diritti de' congiunti della madre, ed il S. C. decise doversi a costei succedere e non al figliuolo ultimo moriente (1).

4. Nella causa di Annibale Capece, che fu perfettamente simile a quella di Eleonora Caracciolo o sia alla specie della decisione *xcii* di de Franchis, morti prima il padre e la madre e di poi il figliuolo, disputossi se coll'ava materna unica ascendente superstite potessero concorrere le sorelle dell'ultimo defunto. Ivi una tal questione servi, non già a determinare la preferenza, ma a regolare la rappresentazione, come nel terzo articolo della lodatissima decisione *xcii* del P. de Franchis; e per conseguente si trattò di vedere se quella massima fosse un principio relativo o assoluto. Il S. C. per la ventesima volta giudicò essere assoluto, e doversi il figliuolo avere come non nato (2).

Ma senza ripetere in questo luogo quegli stessi esempi de' quali abbiamo già fatta l'analisi, dopo aver dimostrato che nella causa di Musio Pignatelli non poteva trovar luogo una tal massima perchè la madre era vivente, vogliamo pur notare che non fu unico e singolare l'esempio della decisione *xcii*, e che l'autorità di tante cose giudicate, non viene certamente distrutta da un caso solo supposto, che ad altri piaccia di contrapporre ai casi veri.

E finalmente circa il diritto, la novella spiegazione non è meno difettuosa che nel fatto.

In primo luogo diceasi, questa massima essere un sentimento di pochi scrittori, mentrecchè è la sentenza, il cano-

ne ed il vero cuneo della giurisprudenza del patto.

In secondo luogo è piaciuto rispondere all'esempio, e non agli argomenti sopra i quali è fondato. Non per altri motivi il Sagro Consiglio pronunziò solennemente la massima *succedi matri et non filiae*, se non perchè ella è una conseguenza della elausola *adita vel non adita hereditate*. È regola di diritto, che *aditio hereditatis iure confundit obligationem* (3); siccome pure un'altra regola dice: *qui in ius dominiumve alterius succedit, iure ejus uti debet* (4). Come dunque avviene, che il figliuolo il quale abbia adito l'eredità de' genitori non abbia confuso le ragioni de' suoi autori, e non le trasmetta agli eredi suoi? La conseguenza è di per se manifesta: se tanto è l'*adire* quanto il non *adire* l'eredità, uopo è dire che siccome nel caso negativo si succede al genitore e non al figliuolo, la stessa cosa avvenir debba anche quando il figliuolo l'abbia adita. Ma d'onde cotesto mostro legale, e perchè l'adizione perde i suoi effetti? Risponde Affitto, perchè il figlio ha ricevuto i beni con un dominio revocabile o sia risolubile. E che è, si replica, che il rende revocabile? L'interrogazione giugne sino a Napolitano il quale sottentra nel dialogo: è revocabile il dominio perchè i beni sono passati al figlio *cum sua causa et salva lege conventionis*. E qual'è mai questa pretesa legge della convenzione? La condizione, che se egli fosse morto intestato e senza discendenti, i beni tornassero dovessero a' genitori o agli eredi loro.

A questa catena dunque di argomenti annodasi la massima *succedi matri et non filiae*, e non alla sola autorità del Sagro Consiglio o del presidente de Franchis; e però non basta negare gli esempi e travolgere il senso delle parole, ma conviene distruggere le secolari fondamenta di questa giurisprudenza.

Ma non è da maravigliare che siesi fatto dire a' citati scrittori tutt'altro di ciò che hanno inteso, quando questo

(1) V. sopra a pag. 186.

(2) V. sopra a pag. 188.

(3) L. 95 D. de solut.

(4) L. 177 de R. J.

stesso nostro lavoro ha formato materia di falsa interpretazione. Difatti ci si è attribuito d'esser noi ricorsi alla massima *succedi matri et non filias* per inferirne che i congiunti materni dovendo succedere alla madre e non al figliuolo, tro-

visto essi l'ostacolo della sua rinunzia, quando nostro concetto è stato ed è che i beni paterni trovati nella eredità del defunto figliuolo, avendosi costui come non nato, tornino agli eredi del genitore.

IV. CANONIC.

Che la rinunzia della madre divenne caduca, per essere costei premorta al figliuolo.

In ogni rinunzia, dicesi *facile inest* la condizione *si renunciante deferatur*; sì che quando il rinunciante è morto

prima del rinunziatario è mancato quel caso ch'erasi preveduto, e quindi la rinunzia è affatto svanita.

Dimostrazione ricavata da' principi.

Sarebbe da desiderare maggior parsimonia nel dare definizioni o nello stabilire principj generali di diritto, non essendo cosa al mondo tanto malagevole e quindi pericolosa quanto il definire in diritto, e il trarre generalità da casi particolari. Ordiniamo sotto pochi numeri i principi che dimostrano dove e quando rispegga bene l'aorizdetta clausola, senza estenderla a' casi ne' quali il sottinteso distruggerebbe l'espresso.

1. La condizione *si hereditas renunciante deferatur* è un argomento derivato dalla legge 94 D. *de acquirenda vel omittenda hereditate*, i cui termini sono: *qui superstitis bona repudiat post mortem ejus adire hereditatem, item bonorum possessionem potest non prohibetur*; vale a dire può demandare l'eredità per testamento o per diritto pretorio colui, che aveva rinunziato alla legittima eredità del uomo vivente. Per verità cotesta regola era una conseguenza del principio *non potest repudiare hereditatis nondum delata*, e dell'altro, *quod si quis velit habere, habere non potest*; *id repudiare non potest* (1): vale a dire era una conseguenza della prematura ripudiazione dell'eredità. Ciò non pertanto essendo stato moderato di poi il rigore del diritto romano intorno a' patti delle future successori, si perdette in molti casi la ra-

gione della legge e ne rimasero gli argomenti. Due sono gli argomenti ricavati dagli esposti principj di legge: non si può ad altri trasmettere un'eredità non accettata sia *de praesenti*, sia *de futuro*: colui il quale ha in grazia di taluno rinunziato ad un diritto, non si presume avere rinunziato ad ogni altro diritto che acquistar possa per un nuovo titolo o per una cagione sopravveniente. Molti di coloro i quali vollero derivare dal giuramento la validità delle rinunzie adottate dalle nostre costumanze, pretesero che il concorso di questo sacro legame potesse rendere valido anche quello che per diritto civile sarebbe stato nullo o viziato; ma è manifesto che per quanto grande e rispettabile fosse l'autorità del diritto canonico, il giuramento sanar poteva i vizi d'un patto, ma non poteva certamente supplire al voto della volontà. Quindi la questione se il rinunciante potesse non ostante il giuramento entrare di nuovo ne' diritti de' quali erasi spogliato fu, insieme con tutte le altre controversie alla stessa materia appartenenti, trattata dal sommo giuriconsulto spagnuolo Diego Covarruvia. Questi spiegò che la condizione *si hereditas renunciante deferatur*, doveva esser intesa nel senso, cioè *se l'eredità sarà deferita al rinunciante o ad altri che rappresenti la sua perso-*

(1) L. 174 de Reg. Jur.

na (1). Or la conseguenza di tal massima è che colui il quale si è renduto incapace e di concedere e d'essere rappresentato non possa più far valere nè direttamente nè indirettamente l'estinto suo diritto. Dopo di questo chiarissimo seritore, non è stata più dubbia nel foro la sentenza che nelle rinunzie dei claustrali fosse silenziosa ed inutile la clausola *si hereditas renunciandi deferatur*.

2. Lo stesso argomento è stato anche ricavato da un'altra massima, la quale sebbene sia in diversi termini enunciata, contiene non pertanto il medesimo concetto. Ogni rinunzia ad un diritto sia presente sia futuro presumesi nata da una causa *de praesenti*; sì che il diritto futuro il quale nasca da una causa *de futuro*, non trovasi compresa nella volontà del rinunziante. Concediamo che la rinunzia nata dalla causa *de praesenti* non possa comprendere la futura, ma domandiamo se la presunzione possa valere, allorchè è espressa anche la causa futura? Non è dubbio che si possa rinunziare anche al diritto futuro, che nascer potrà dalla causa futura, della quale specie sono le rinunzie a tutti gl'incerti avvenimenti (2). Or questa è appunto l'indole della rinunzia reale ed estintiva. Chi toglie se di mezzo in qualunque evento, consente che debba aversi come se non esistesse, acciocchè la persona sua nulla tolga o aggiunga al diritto degli altri. Nè diverso è il fine della stipulazione aquiliana, la quale sarebbe inutilmente messa nelle rinunzie reali, se non servisse per esprimere, che da ora per allora quando avverrà il caso che al presente non si prevede, il rinunziante quita, assolve, e per la cautela dell'*acceptione* dichiarasi soddisfatto di tutto quel beneficio che dal suddetto avvenimento potrebbe ricevere. E qui giova osservare che non è inutile, come credesi, lo studio delle vecchie clausole perchè sebbene sovrabbondanti, sono non pertanto utili a definire la natura

dell'atto cui sono apposte. Sono queste le cose dimostrate nel consiglio LXXVII di Menochio e nel XIII del nostro chiaro giureconsulto Minadoi, del quale nessun altro meglio dimostrò le differenze tra le rinunzie personali e le reali, ricavata appunto dalla distinzione tra la causa *de praesenti* e quella *de futuro* (3). La conseguenza di tai principi è che la clausola *si hereditas renunciandi deferatur* siede bene in tutte le rinunzie le quali partono dalla causa presente; laddove è in aperta opposizione delle rinunzie che espressamente abbracciano anche la causa *de futuro*; ond'è che queste rinunzie, a differenza di quelle, si estendono *ad incognita, non cognita, et minus praesentia*.

3. La rinunzia che far solevano le figlie o le sorelle a' genitori o a' fratelli, comunque fossero in ampissimi termini concepute, partivano dalla causa *de praesenti* a non già *de futuro*. Quindi per un argomento ricavato dalla stessa legge *qui superstitibus* e dalla legge *pactum C. de collationibus*, se le rinunzianti fossero morte prima del padre o de' fratelli, conchiusero i dottori non dover essere i figli esclusi dal succedere all'avo o agli zii rispettivi. Molte ed evidenti sono le ragioni di questa sentenza: il diritto preveduto in tale rinunzia, è che la donna possa succedere al padre o a' fratelli, diritto che non si è verificato: le rinunzie sono di stretta interpretazione e non possono essere estese da un caso all'altro: la rinunzia all'eredità del padre o dei fratelli comprende un diritto futuro, ed è per conseguente retta dalla condizione, *si hereditas renunciandi deferatur*, condizione che nel caso figurato è parimenti mancata: il diritto futuro non altrimenti si cede, se non prevedendo che si acquisterà, d'onde segue che non essendoci giammai acquistato, si ha come nulla e non avvenuta la cessione fattane: i figli della rinunziante concorrono per proprio diritto alla successione dell'avo e

(1) *Covarruias in cap. quamvis pactum III. P. §. 2 n. 3.*

(2) *V. glossa alla L. 1 C. de pactis. L. cum proponas C. de pactis.*

L. de fideicommissis C. de transact.

(3) *V. il consiglio di Minadoi.*

Lelio Caputo N. XXXIII, n. 8.

degli zii, e però restano estranei al fatto della madre: quindi sottrattano nel grado di lei, e non rappresentano la sua persona. Tali sono le ragioni per le quali divenne universale la sentenza, che i figli dovessero succedere all'avo o agli zii per lo difetto della condizione *si hereditas renunciandi deferatur*, siccome ne fa fede la decisione LXVII del presidente de Franchis. Nessuna dell'esposte ragioni può essere applicata alle rinunzie che partono dalla causa *de futuro*, la quale comprende in se tutti i possibili avvenimenti, e non è dettata dall'amore per una piucchè per un'altra persona. Imperciocchè chi diede voler essere considerato come morto a rispetto de' beni che in qualunque tempo potessero spettargli, non restringe ad un caso solo la sua incapacità, ma rendesi indifferente a tutti i particolari avvenimenti. Per la qual cosa tanto è trasportare la condizione *si hereditas renunciandi deferatur* da quelle a queste rinunzie, quanto sarebbe il rendere condizionale un'obbligazione pura.

4. Lo stesso errore si commette allorchè dall'eurema del vostro Roberto Maranta si voglia trarre argomento alla caducità delle rinunzie reali ed estintive. La sua disputazione x versa circa la questione se la figlia, che ha rinunciato ai beni paterni materni e fraterni nell'andare a marito, muoia prima d'uno dei fratelli. In questo caso si domanda se i figli della rinunziente succedano insieme cogli zii non ostante la rinunzia della madre? L'affermativa non può esser dubbia attesa la qualità della rinunzia traslativa o mista, la quale è stata fatta in grazia di certe e determinate persone.

Similmente nel consiglio civ lo stesso autore propone una questione affine alla precedente, della figlia cioè la quale va a marito o rinunzi a' beni paterni e fraterni e poi muoia prima della sorella. In quest'altro caso essendo superstiti i figli della rinunziente e i figli d'uno dei fratelli in grazia de' quali la rinunzia fu fatta, domandasi se gli uni sieno agli altri preferiti. Ora dalla semplice enuncia-

sione degli argomenti, de' quali trattò Maranta si rileva, quale perpetuo scambio si faccia de' casi e de' vocaboli che appartengono a questioni diverse ed a rinunzie d'una'altra natura di quelle di cui ora trattiamo.

5. La regola principale dell'interpretazione delle rinunzie è riposta non meno nel fine de' rinunzianti che nell'effetto che si propongono di conseguire. Ora consultando cotesta regola e facendo per ora astrazione dall'espresso, qual è il fine della rinunzia contenuta nel patto? Che i beni, se non restano figli non sentano le conseguenze del matrimonio. E qual è l'effetto? che restino esclusi i congiunti dell'opposto lato, cioè gli affini. Ora se si togliessero a presto gli effetti della premorienza dalle rinunzie personali, o si trasportassero all'estintive, quale ne sarebbe la conseguenza? che il rinunziente si troverebbe rappresentato contra la sua volontà e contra lo scopo dello parti contraenti. E nella materia del nostro patto cotesto assurdo giugnerebbe insino alla contraddizione, che i genitori si sarebbero privati de' beni de' figli per fargli passare a coloro che hanno espressamente inteso escludere, o sia che il padre avesse avuto più cari i congiunti della sua futura moglie che se stesso; o sia che questo patto non sarebbe stato introdotto per conservare i beni nella famiglia o nell'agnazione, come tutti hanno insino ad ora tenuto e detto, ma per favorire quelli contra i quali si è voluto stipulare.

6. Ma non abbiamo bisogno del fatto, dappoichè nella formola stessa del patto abbiamo l'espresso. Rammentisi che ivi si pattuisce la restituzione della dote, comechè alcuno de' congiunti paterni succedesse *rigore pupillaris substitutionis* (1). Ora questo caso non altrimenti averir poteva, se non quando si fosse il padre valuto della facoltà concessagli dal diritto comune di sostituire pupillarmente al figlio nella dote della moglie. Per la qual cosa i patteggiatori preveggono che la madre sia trapassata, che il figlio le sia succeduto, e che morto di poi il figlio

(1) V. sopra a pag. 181.

venga il sostituto in forza del paterno testamento a pretendere i beni materni. Se dunque credettero necessaria in questo caso l'opera del patto, dee dirsi o che la premorienza del rinunziente non

facea svanire la rinunzia, o per lo meno che le parti contraenti abbiano espressamente rinunziato, anche a questo diritto.

Dimostrazione ricavata dagli esempi.

Se si svolgano tutti gli scrittori i quali hanno trattato della proposta quistione non si troverà alcuno che non si riferisca alla decisione cccxxv del presidente de Franchis, ed alla lxx di Don Garzia Mastrilli.

1. Nella prima fu principalmente trattato se la premorienza di colui al cui vantaggio doveva presumersi fatta la rinunzia, facesse rientrare le sorelle monache nel diritto di succedere. Erano queste le sorelle Caracciolo religiose professe nel monastero di S. Ligorio; nè d'altra quistione occupossi allora il S. C. se non se potesse la rinunzia essere qualificata come reale ed estintiva. Avendola per tale avuta rigettò la loro dimanda, e chiamò alla successione i più rimoti congiunti, come se quelle più non esistessero. La ragione che determinò allora l'animo del magistrato fu quella stessa che abbiamo di sopra rilevato (1): non si può presumere, disse il S. C., che abbia potuto riservarsi un diritto sopra i beni colui che di quelli si spoglia per abbandonare il mondo e per servire a Dio; nè si può conghietturare che i congiunti fosserosi contenti d'una rinunzia, la quale in difetto loro facesse andare i beni piuttosto al monasterio, che agli altri loro consanguinei (2); siccome non si può nè presumere nè conghietturare, diciamo noi, che i genitori avessero voluto privare se stessi de' beni de' figli per fargli passare a quegli affini, per escludere i quali la rinunzia era stata introdotta.

2. La decisione di Mastrilli parimenti versò circa la capacità della monaca, che per essere morta coloro in favor de' quali aveva rinunziato, pretendeva succedere all'ultimo defunto ed escludere così il sostituto estraneo. Per la qual cosa fu

la quistione ridotta al punto, se la rinunzia al diritto futuro fosse nata dalla sola causa presente, o anche dalla causa futura; e quindi se la rinunzia fosse reale ed estintiva, ovvero personale e translativa. E siccome il tribunale del Concistoro ebbe per indubitata le massime stabilite nella decisione cccxxv del presidente de Franchis, e tenne essere reali le rinunzie delle claustrali; così dichiarò efficace la rinunzia, comechè fosse premorta colui in favor del quale era stata fatta (3).

3. La massima che la premorienza del rinunziente sia una circostanza estranea alle rinunzie estintive, fu pronunziata dal S. C. a ruote giunte in una decisione de' 9 di aprile del 1567 a relazione del consigliere Altinari. Di questa fa menzione l'altro scrittore dello stesso nome nelle note a Rovito: *qua realitate exi-
stente non est curandum an fratres prae-
mortui sint patri, recipienti renuncia-
tionem.*

4. Ma a che citare più esempi di decisioni, pronunziate intorno a questa particolare quistione, se il caso della premorienza del coninge rinunziente si scontra in quasi tutte le decisioni del S. C. e del Collaterale, nelle quali fu dichiarato doversi i beni restituire *adita vel non adita hereditate*, e doversi succedere al genitore già morto e non al figlio ultimo moriente; e specialmente nella decisione cccxxvii di Affitto, nella quale l'autore espressamente dice, che il padre fu il primo a morire, che di lui fu erede il figlio, che indi morì la madre, e che infine essendo trapassato il figlio erede dell'uno e dell'altro, fu la restituzione de' beni ordinata in favor di coloro che sarebbero stati loro eredi, se il figliuolo nato non fosse.

(1) V. sopra a pag. 207.

(2) V. de Franchis decis. 375.

(3) V. la decis. 63.

Quindi è che la nuova dottrina della premorienza, di cui si è fatta tesoro in questa occasione, non potrebbe altrimenti essere messa in deliberazione, se non previa la dichiarazione che nè Affitto, nè de Franchis, nè Rovito, nè de Marinis, nè il Sagra Consiglio, nè il Collaterale, nè tanti insigni avvo-

cati che illustravano allora il foro napoletano, videro dove giacesse la questione. Ma comunque sia grande il rispetto che noi abbiamo pe' presenti, la loro modestia sopporterà che da noi si dia loro il secondo luogo dopo sì grandi nomi e dopo la veneranda autorità del Sagra Consiglio.

V. ERRORI.

Nel modo d' intendere Provenzale.

Si è creduto che Provenzale dicesse, che la rinunzia contenuta nel patto di Capuana e Nido divenga caduca, se il genitore rinunziente muoia prima del figliuolo a' beni del quale ha rinunziato; e all' autorità della sua opinione si è aggiunta anche quella d' una decisione del Sagra Consiglio, che dallo stesso scrittore è citata. Per potere fare una più esatta anatomia de' sensi e delle parole di Provenzale, ci piace volgarizzarlo: così facendo eviteremo anche la molestia delle note grammaticali.

L' argomento della *xxv* osservazione di Provenzale è, se il patto di Capuana e Nido sia efficace pe' soli contraenti, e nella sola successione de' figli, a sia anche efficace pe' discendenti ed ascendenti degli stessi contraenti.

Dopo avere insino al numero *xiii* dissertata intorno all' origine del patto propone e risolve il seguente quesito.

Ma giusta tale uso sono esclusi i soli genitori che rinunziarono alla successione de' figli, o anche i discendenti da essi? Credo che la madre ed il padre allorché contrattano secondo la costumanza di cotesti nobili pregiudicano non solamente a se stessi, ma anche a' loro discendenti; e di fatti così riferiscono essere stato uniformemente deciso quando a' discendenti Anna ed il consigliere di Giorgio, il quale aggiunge essere stato così deciso, quantunque avesse egli in contrario allegato. A costoro aggiungo io il presidente Amato nel cons. 26 n. 33, dove soggiunge come ragione che l' uso de' nobili di Capuana e Nido riguarda il favore della linea donde i beni pervengono, e non quello di una determinata persona, il che è detto anche dal consi-

gliere Teodoro, e risulta dalle parole dell' uso riferito da Affitto nella decisione 237 n. 1 in fine, dove la forma della rinunzia (la quale s' inserisce nei capitoli matrimoniali) dispone specificamente de' discendenti e degli eredi de' genitori.

E' per questa ragione non dubiterai di affermare che l' anzidetto uso siccome pregiudica a' discendenti, de' quali poco fa ho parlato, così pregiudica anche agli ascendenti, come dimostra il presidente Amato nel citato consiglio 26 parlando dell' avola, ed Antonio Capece nella postilla che comincia in hac glossa riferisce essere stato così deciso nel 1514 nella causa di Vandella di Monteforte con Giannetta de Cunto; quantunque de Giorgio sostenga non essere quella postilla di Capece. Il consigliere de Anna riferisce che una simile decisione fu fatta nella causa di Fabio de Gatta, del che parla anche Amato al n. 32, dopo avere al n. 31 dimostrato che la madre la quale rinunzia per virtù di questo uso all' eredità ed alla successione de' figli, debba a maggiore ragione essere esclusa dall' eredità del nipote, e ciò per gli argomenti di diritto che egli allega. A me piace la risoluzione, perchè i termini del nuovo uso parlano de' figli, siccome costa dalle cose dette da Affitto nella decisione 237 e dal presidente de Franchis nella decisione 92 n. 1, ed anche perchè il vocabolo figli ha un latissimo senso e comprende tutti i discendenti per la dirulgata legge liberorum de verb. signif. Laonde siccome il genitore, il quale ha rinunziato, è escluso senza dubbio dalla successione de' figli, così dee allo stesso modo es-

vere escluso dalla successione de' nipoti, estendochè le parole sono generali e comprendono l'uno e l'altro caso: il che specificamente è avvertito dal presidente Amato al n. 30.

Avverto ciò non ostante, e che le cose dette intorno all'esclusione de' discendenti e degli ascendenti di coloro i quali rinunziarono secondo questo uso procedono se sono vizi i rinunzianti, giacchè se fossero morti dovrebbero essere considerati quelli che vengono ad intestato non come eredi o successori de' rinunzianti, ma per la propria loro persona, e de' quali la condizione non potrà divenire peggiore per lo fatto de' rinunzianti, come dalla decisione 67 del presidente de Franchis, unite anche a questa le cose dette dal consigliere Teodoro nell'allegazione A. n. 22 e dal n. 75 in poi, e da Gutierrez nella 79 delle sue pratiche quistioni del 5 libro. E così a' nostri tempi è stato deciso nella causa del mag. Gio. Vincenzo Como barone di Casalnuovo e fratelli col mag. dottore Scipione Filomarino, i quali disputavano de' beni e dell'eredità del fu Andrea Filomarino. In fatti essendo stata da Scipione opposta la rinunzia che aveva fatta la madre del detto Andrea, da parte della quale erano congiunti i suddetti di Como, non si tenne conto della rinunzia, perchè la madre era morta in vita di Andrea, e i fratelli di Como furono ammessi dal S. C. a relazione di D. Biagio de Boliagha meritevolissimo giudice della G. C., coll' intervento della b. m. del sig. presidente Ursini, come dagli atti della G. C. in banca di Carlo di Areta, facendo da procuratore D. Gian-Giacomo Annicchino nostro amico, ed in questo senso credo che debba essere inteso ciò che sopra questo medesimo articolo scrive il consigliere de Giorgio nell'allegazione 23 del n. 41 in poi.

E manifesto che il Provenzale o non ha detto quello che gli si è voluto far

dire, o se lo ha detto ha ragionato contra quelle stesse autorità che ha citato in sostegno della sua opinione. Certamente la decisione del Sagro Consiglio eh' egli cita appartiene ad un altro caso, e però cercheremo d'intendere Provenzale dopo avere inteso gli autori de' quali dichiara egli voler seguire l'opinione.

1. Della decisione di Como e Filomarino parla anche Niccola Vineozio Scoppa e la cita nella disamina della quistione se i figliuoli della donna che ha rinunziato, *accepta dote*, ricevano ostacolo dal fatto della madre, qualora costei sia morta prima di coloro in favor de' quali aveva rinunziato. Lo Scoppa dimostra che l'opinione negativa sia ricevuta non solamente ne' tribunali napoletani, ma anche presso gli esteri, e fa menzione di questa decisione come d'una concordanza colla decisione LXVII del presidente de Franchis e colla IV del reggente Capececiaturo. Adunque non si parla ivi della rinunzia estintiva del patto di Capuana e Nido, ma delle ordinarie traslative che fanno le donne allorchè vanno a marito (1).

2. Scoppa cita non solamente la decisione ma lo stesso Provenzale, e lo intende io questo e non in altro senso.

3. Non ha potuto altrimenti parlare il Provenzale, dappoichè egli stesso cita la decisione LXVII del presidente de Franchis, come fondamento della sua dottrina. Ed è notabile che in alquanto linee più sopra allorchè parla degli effetti del patto a rispetto de' figliuoli si riferisce interamente alla decisione CCXXVII di Affitto, ed alla XXX del presidente de Franchis. Or abbiamo già veduto come questa decisione appartenga ad un caso affatto diverso, e quato sarebbero contraddittorie le due decisioni di de Franchis, se entrambe si riferissero al medesimo caso (2).

4. Cita Provenzale l'autorità delle cose dette da Teodoro nell'allegazione I, scritta per la causa di Muzio Pignatelli, e cita anche il suo contraddittoria

(1) F. Scoppa. Schol. in cap. XI cent. n. 6.

(2) F. sopra a pag. 186 e 187.

Giannandrea de Giorgio. Ma e l'una e l'altra autorità nulla provano, per non dire che sono ugualmente inopportune. Giannandrea a cui la decisione fu contraria, sostenne che la rinunzia contenuta nel patto fosse operativa pe' soli contadini, e non legasse nè i figliuoli, nè i discendenti nè gli altri della sua linea. Cotesto assunto fu rigettato, essendochè furono esclusi i fratelli sterminati dell'ultimo moriente, e fu il patto dichiarato obbligatorio così pe' figliuoli come pe' congiunti delle rispettive linee. Quanto poi all'effetto della premorienza non era allora il caso di disputarne, dappoichè la madre era vivente (1). Difatti a questo argomento appunto ricorse Scipione Teodoro a cui importava evitare una discettazione prettamente oziosa. Sicchè sarebbe stato ugualmente assurdo il citare de Giorgio contro la cui opinione fu in quella causa giudicato, ed il citare Teodoro, perchè da un articolo allora omissso non può trarsi argomento nè affermativo, nè negativo.

5. L'autorità di Gutierrez citata in ultimo luogo da Provenzale è vana, perchè non giugne il suo quinto libro alla quistione LXXIX; nè è a nostra notizia che quell'autore sia entrato nella particolare trattazione del patto di Capuana e Nido. L'opinione dunque di questo scrittore in qualunque altro luogo delle sue pratiche quistioni possa trovarsi risguarderà certamente la quistione comune intorno alle rinunzie personali, dalla quale non si può trarre argomento alla presente.

6. Ne' capitoli matrimoniali erano ordinariamente combinate insieme due rinunzie, una per virtù del patto alla nuova maniera, l'altra per le eredità de' genitori alle quali la figlia dotata rinunziava. Coteste due rinunzie erano di opposta natura, e riguardano due diritti affatto diversi tra loro. La rinunzia alla eredità de' genitori, come compenso della dote ricevuta, accompagnata dalla

cantela di Maranta, era di sua natura una rinunzia personale e però grandemente soggetta all'evento della premorienza di coloro in favor de' quali era stata fatta; laddove la restituzione della dote e de' parafernali, del pari che la restituzione de' beni provenuti al figlio dal padre camminava col destino del patto. L'esempio di queste due rinunzie, gli effetti delle quali sovente intralciavansi insieme, si ha nella risoluzione CXCII del reggente de Marinis. Ora cotesta risoluzione ch'è stata erroneamente citata anche nella presente quistione risguarda gli effetti della rinunzia fatta dalla figlia a' genitori, e non già di quella fatta al marito (2).

Premesse queste cose, che ha inteso dire Provenzale dalle parole *adverso tamen* in poi? I discendenti e gli ascendenti sono esclusi per la rinunzia che la madre ha fatto come moglie, ma se costei abbia anche rinunziato come figlia, i discendenti e gli ascendenti suoi non sono offesi dalla sua rinunzia e succedono a lei non come eredi; ma per proprio diritto.

O questo ha detto il Provenzale, o avrebbe egli ragionato contra le sue medesime premesse: avrebbe in questo secondo caso adottato da una parte i principi della decisione XCII di de Franchis, o scambiato dall'altra il caso di questa decisione con quello della LXXVII: avrebbe citato l'autorità d'una decisione del S. C. relativa alla rinunzia della figlia in favor del padre, per dimostrare gli effetti della rinunzia estintiva della moglie in favor del marito: avrebbe anzi non inteso i termini dell'anzidetta decisione: avrebbe infine assunto un principio che è smentito dalla costante giurisprudenza del Sagro Consiglio. Se di tanti errori fosse stato capace, la sua autorità non potrebbe certamente prevalere alla legge alla ragione ed alla giurisprudenza.

(1) *V. sopra a pag. 189.*

(2) *V. la risoluz. CXCII. lib. II.*

VI. ERRORI.

Che i congiunti non debbano stare al fatto de' contraenti.

Il diritto de' collaterali, o sia de' congiunti paterni e materni è in un grado di ragione grandemente distante da quel-

la degli ascendenti e de' discendenti, nati da un secondo matrimonio de' coniugi rinunzianti.

I collaterali non vengono per diritto proprio.

Ciò non ostante diceasi che i congiunti materni debbano succedere ne' beni paterni del figliuolo defunto, perchè vengono essi con proprio diritto, ed anche perchè non possono ricevere pregiudizio dalla rinunzia della madre, nella quale non intervennero. Lasciando stare se debba ammettersi nel caso di cui trattiamo che alcuno de' congiunti materni non sia intervenuto ne' capitoli matrimoniali; ora dei due motivi che si allegano il primo è manifestamente fallace; imperciocchè i soli ascendenti e discendenti potrebbero usurpare i vocaboli *diritto proprio*, come quelli che hanno un vincolo naturale o antecedente, o indipendente dal matrimonio e dal fatto de' rinunzianti; laddove i collaterali hanno un diritto derivato dal matrimonio stesso, contratto colla condizione della rinunzia. Del rimanente, se questa ragione è apparente e non vera per gli ascendenti e discendenti, maggiormente sarà tale pe' collaterali (1). E circa il secondo cioè che i collaterali considerati come terzi, non possono essere pregiudicati dal fatto de' contraenti, l'errore giace appunto nel volergli considerare come terzi e non come *aventi causa* da' contraenti medesimi. Ciò risulta manifestamente dalle cose già dette (2), che giova anche ripetere, quando sorge il dubbio che non sieno state comprese.

1. La principale ragione che esclude i congiunti, è che la restituzione de' rispettivi beni a se o a' propri eredi è una legge data da' coniugi, la quale è sem-

pre passata co' beni stessi. E se questa legge è tale che distrugge anche l'effetto dell'addizione dell'eredità fatta dal figliuolo, maggiormente impedisce che altri estranei vi acquistino diritto insino a che rimanga in sospenso l'effetto della condizione. I beni passano *cum sua causa et salva lege conventionis*: causa e legge della convenzione è che i beni tornino a colui che gli ha dati, se non nasceranno figliuoli, o se morranno intestati e senza discendenti (3). Ora che potrebbero dire i congiunti, se la morte de' figliuoli avvenisse vivente ancora il padre? sarebbe loro permesso il disputare a costui quei beni che ha dato sotto questa condizione? se non potrebbero contendere col padre, neppure possono contendere cogli eredi di lui, sopra tutto quando questi eredi formano parte della stessa condizione.

2. Una seconda ragione, che in sostanza non è se non una conseguenza ed una illustrazione della prima, è che questa legge è stata data a' beni prima che nascesse il diritto de' congiunti, vale a dire quando era libero il contrarre o il non contrarre matrimonio, il creare o non creare l'affinità. Allorchè dunque l'affinità ha fatto nascere ne' congiunti della madre il diritto di succedere a' figliuoli, cotesto diritto trovasi prevenuto e limitato da un altro diritto antecedente, che è quello derivante dalla condizione stessa del matrimonio. E per verità quando sotto questo aspetto si guardi la questione, non solamente svanisce ogni difficoltà, ma si scopre altresì il falso pre-

(1) V. sopra a pag. 206.

(2) V. sopra a pag. 204.

(3) V. sopra a pag. 183.

supposito sul quale ella è fondata. Può ciascuno de'coniugi dare alle cose sue ed alla società del matrimonio quella legge che vuole: cotesta legge è indissolubile come il matrimonio stesso: precede inoltre tutti gli altri effetti del matrimonio. Come dunque un diritto seguentemente acquistato può distruggere la causa dalla quale è nato?

3. Una terza ragione nasce dalla natura reciproca e correlativa delle obbligazioni de' coniugi. I congiunti materni che vorrebbero far valere il proprio diritto per invadere i beni paterni profitano dello stesso patto per la restituzione della dote; e spesso volte interviene ebe la dote, maggiore de'beni del marito, renda il patto utile a' congiunti materni e sfavorevole a' paterni. Ora come mai potrebbero quelli accettare il patto a rispetto della dote e de'beni parafernali, ed impugnarlo poi pe'beni del padre? Converrebbe certamente che il rifiutasse-ro per ambo i capi: Ma ehi ha mai negato l'efficacia del patto, per quel che concerne la restituzione della dote, se i figliuoli muoiano senza discendenti, e senza testamento? E nella specie presente il padre ebbe due mogli della stessa famiglia, anzi due sorelle delle quali una morì senza figliuoli, e l'altra con una caduta posterità. Presuppongasì che la prima avesse lasciato di se qualche figliuolo il quale fosse di poi trapassato, com'è avvenuto nel secondo matrimonio; non avrebbero i suoi congiunti ripetuto le sue doti? Le ripetono e l'ebbero, dappoichè ne' matrimoni contratti alla nuova maniera uguale è il caso della morte senza figliuoli, o con figliuoli, quando questi muoiano in età pupillare o *quandocumque* ab intestato e senza discendenti. Come dunque si vorrebbe una volta profittare del patto, ed un'altra volta rifiutarlo?

Un tal ragionamento che potrebbe parere derivato dall'equità, è fondato so-

pra certi ed indubitati principi di diritto. Imperciocchè i patti che modificano le leggi intorno alla successione, debbono essere interpretati ed eseguiti colle stesse regole di uguaglianza che formano i tipi di quelle. Ora è un principio non solamente costante ma universale che non possano succedere coloro dalla successione de' quali taluno è respinto: *ut sicut nec cognatis patris nec illis sit iste successor, nec illi ad ejus vocentur successionem* (1). Di questo principio si valsero anche gl'interpreti per uguagliare i diritti de'chiamati alla successione del feudo, siccome bellamente espone Andrea d'Isernia: *sicut rationabilia dicta debent servari, etiam si non essent leges Imperatoris: hoc autem est valde rationabile, ut patruus nepoti succedat, sicut nepos patruo, et propter aequalitatem servandam quam jura exigunt, et maxime in successioneibus, ut non sit invidia* (2).

4. Una quarta ragione nasce dalla qualità ereditaria, di cui debbono necessariamente fare uso, i congiunti per aspirare alla successione de'beni che sono pervenuti al figliuolo dalla parte del padre. Imperciocchè, presupponendo anche che si potesse succedere al figliuolo ultimo moriente e non al genitore già defunto, dovrebbeasi altresì presupporre, avere il figliuolo adito l'eredità de'genitori defunti; giacchè se non l'avesse adita, il grado della prossimità dovrebbe misurarsi dalla persona degli stessi genitori, e non da quella del figliuolo. Ora nell'adizione dell'eredità non trovano forse gli effetti della restituzione convenzionale e della rinuncia de' genitori? e l'erede dell'erede non è forse erede dello stipulatore e del rinunziante (3)? E per dimostrarlo praticamente, il defunto figliuolo adì l'eredità del padre il quale gli trasmise i beni *cum sua causa et salva lege conventionis*; il perchè coloro i quali vogliono succeder-

(1) *Auth. quibus modis naturales efficiuntur sui §. filius.*

V. anche la l. 11 e 14 C. de leg. hered.

L. *Communium C. de natur. lib.*

(2) *Andr. d'Isernia in cap. Imperator Lotharius n. 4.*

(3) V. sopra a pag. 205.

gli come suoi eredi legittimi trovano i beni soggetti ad una legge accettata dall'autor loro. Inoltre lo stesso figliuolo adl l'eredità della madre e con essa accettò tutti gli effetti della rinunzia di lei; quindi gli zii materni come eredi del figlio debbono necessariamente riconoscere ed accettare il fatto della madre. Dov'è dunque il diritto proprio de' congiunti materni? Chi volesse sostenerlo abuserebbe

di un vocabolo che nella proposta applicazione diviene improprio. Una tal qualità non siede bene se non ne' discendenti ed ascendenti, il diritto de' quali è indipendente dal matrimonio. Ma se è dimostrato che anche a costoro nuoce il fatto del matrimonio, come non nuocerebbe a coloro che vantano un diritto non solamente derivato, ma posteriore al matrimonio stesso?

Falsa obbiezione ricavata dalla massima infecta primitiva radice.

Si è eredito da alcuno che i congiunti paterni si valgano del principio *infecta primitiva radice infectur et derivativa*, e dimostrando non poter esser una tal massima applicata si è stimato di aver rivendicato a' congiunti materni un diritto che loro non si appartiene. L'anzidetta massima potrebb'essere opposta a' figliuoli e discendenti e non a' collaterali, il che giova illustrare per meglio distinguere un caso dall'altro. Cotesta ragione è ricavata dalla notissima legge *si viva matre C. de bonis maternis*, la quale pose i nipoti in pari condizione de' figliuoli, e dichiarò che la sorte di coloro i quali vantano un diritto derivato, non può essere migliore di quella che avrebbero avuto i loro autori. Di tal ragione si è fatto grandemente uso nelle controversie delle rinunzie traslative per escludere i figliuoli delle donne rinunzianti. Di fatti Anneo Robertoriferisce una decisione del Parlamento di Parigi, colla quale fu escluso il figliuolo della rinunziente per lo motivo: *itaque cum ipsa Maevia si viveret repelli deberet, quanto magis Sejus qui ex radice infecta procedens exclusam matrem in avita successione repraesentare vult* (1). Nello stesso senso fece uso della medesima massima Tiraqueou: *quod ex radice est, ejus naturam a quo procedit et ortum habet*,

sequatur necesse est, et ea amputata, ramos decidere necesse est; ed in altro luogo: *in causato non potest esse plus virtutis, quam procedat ab influenti potentia causae. Successor non debet esse melioris conditionis, quam auctor suus a quo habuit causam. Sublatis mediis, videntur sublata extrema*; e finalmente: *sed ut redeamus, est regula generalis quod quando una persona prohibetur succedere, prohibentur et descendentes ex ea, quique etiam non descendentes ea mediante attinent ad illum de ejus successione tractatur* (2).

In questo senso generico la massima *infecta primitiva radice* può essere bene applicata al nostro argomento, e può dirsi che tolta di mezzo la madre restano rimossi tutti coloro, il diritto de' quali dalla madre deriva. Ma allorchè quella massima è applicata ad una delle specie delle rinunzie traslative, ammette quella stessa limitazione della premorienza, della quale è stato di sopra parlato, giusta la dottrina di Antonio Fabro (3). Per la qual cosa se la rinunzia sia traslative, e se la madre morisse prima di colui alla cui successione ha rinunziato, i figliuoli verrebbero per proprio diritto alla successione rinunziata, non ostante l'infecta radice di lei (4). Ora è manifesto che ei si attribuisce un doppio errore, l'uno cioè di appli-

(1) *Annaei Roberti rer. judicat. lib. 2 cap. 5.*

(2) *De jure primigen. quaest. 12 n. 5 e seq.*

(3) *Fabro Cod. lib. II T. III De Pactis Def. XV.*

(4) *V. sopra a pag. 216*

care alle rinunzie estintive la limitazione ch'è propria delle traslative, l'altro di supporre i collaterali nel caso de' figli d'un

secondo matrimonio. Così confutando si cerca di confondere il diritto de' figliuoli con quello de' collaterali.

VII. ERRORE.

Che non possa darsi restituzione, perchè manca la donazione.

Vorrebbe restringere alle sole donazioni un patto che può essere applicato ad ogni genere di disposizione. Certamente l'idea del restituire presuppone quella del dare; ma in quanti diversi modi non si può dare?

Abbiamo avuto già l'occasione di rilevare che anche il contratto di compra e vendita è capace del patto di restituzione, di che somministra un esempio la legge 6 C. de pact. inter emptor. Impereirebbe se oltre al prezzo siasi convenuto, che il compratore facesse tale o tale altra cosa, non adempiendosi a questa obbligazione può il fondo tornare al venditore per virtù della legge data al contratto.

Restituzione e ritorno parimenti dicesi la devoluzione del fondo enfiteutico o patrimoniale, allorchè l'utile padrone non adempie alle condizioni colle quali lo ha ricevuto, o quando si estingue il suo diritto per la verificazione d'un caso preveduto nella concessione. Restituzione parimenti è quella che si fa della cosa legata, allorchè si risolve il diritto del legatario.

La condizione dunque della riversione può essere apposta a tutti i contratti e ad ogni genere di disposizioni, sia tra vivi, sia per causa di morte. In generale è tanto ampio l'uso ed il senso del diritto di restituzione quanto l'è quello

della condizione risolutiva, la quale fa tornare le cose nello stato in cui erano, come se nulla fosse stato fatto.

Ma si vuol trovare nel patto di Capuana e Nido la donazione? Nissuno certamente può dubitare che una donazione è la dote; sì che per questa parte del patto abbiamo il diritto della riversione adoperato in quel senso stretto che gli scrittori a noi contrari gli vorrebbero dare: *dò, dice la moglie, la dote a condizione che torni a me, se non resteranno figliuoli.* Ora lo stesso dice il marito pe' beni suoi, ponendo quelli nella medesima condizione della dote. Ma, si replica, nulla dà il padre a' figliuoli nell'atto del matrimonio. Cotesta obbiezione non solamente è frivola, ma dimostra in coloro che la fanno un concetto poco chiaro dell'indole del patto. La donazione è nella rinunzia del diritto futuro, che la moglie fa al marito, ed il marito alla moglie. Ora quando il diritto futuro si verifica, la cosa che diviene nostra si trae in dietro al tempo del contratto, come se nostra fosse stata in quel punto nel quale ne dispovemmo. Quindi tanto è il negare la donazione nel patto, quanto sarebbe il dire che non si può rinunciare ad un diritto futuro, o che la condizione risolutiva non abbia quell'effetto *retroattivo* che le dà la legge, e che è proprio della sua natura.

XI.

C'è e quel che è piaciuto ad altri chiamare patto di famiglia.

Nulla sin qua erasi detto intorno al *patto di famiglia*, e per verità comunque tali vocaboli fossero usati nel diritto consuetudinario francese, avevamo pur tutta volta giudicato opportuno più il valerci de' nomi e caratteri propri del patto di Capuana e Nido, che l'introdurre nel

discorso nuove definizioni, e straniere similitudini. Ma dappoi che è paruto ad altri di dover creare questo nuovo argomento per desiderio di combatterlo, sarà pregio dell'opera l'occuparcene ancora noi, per così trarredal patto di famiglia una dimostrazione ausiliaria della precedente.

Principi del patto di famiglia.

Ciascuno contratta per se e pe' successori suoi e trasmette a' suoi aventi causa i diritti e le obbligazioni che ne derivano. Oltre a questo principio, generale e comune a tutte le convenzioni, ve n'ha d'altri particolari al contratto del matrimonio.

1. Il matrimonio indissolubile per legge naturale e divina riposa sopra le condizioni e i patti co' quali è stato contratto: e però riguardati questi come messi di quello, sono sagri e solenni del pari che è il fine a cui servono. Questa verità enunziata in una decisione di Guido Pape è stata da uno degli scrittori della materia applicata al nostro patto: *omnia in capitulis matrimonialibus contenta dicuntur pars matrimonii, et quemadmodum matrimonium est indissolubile, sic et omnia in capitulis contenta revocari non possunt* (1).

2. Non solamente le condizioni espresse, ma le sottintese formano parte delle convenzioni matrimoniali, come quelle che ricevute essendo dall'uso e dalla regola comune del contrattare, non sono state mentovate, perchè si è giudicato superfluo spiegarle: quindi il violare tali implicite convenzioni sarebbe lo stesso che mancare alla fiducia che le parti contraenti hanno riposto nella legge e nell'uso comune. Laonde le usanze ricevute in un luogo formano altrettanti patti taciti de' matrimoni ivi contratti, ed hanno tanta efficacia, quanta potrebbero averne la legge o l'espressa convenzione. Siffatta dottrina non solamente fu illustrata dal chiarissimo Carlo Dumoulin; ma è altresì ricordata in una recente decisione della Corte di cassazione Francese, la quale ha in brevi detti compreso tutto quello che gli scrittori hanno derivato da' principi del diritto, o dimostrato eogli esempi. « Nelle convenzioni matrimoniali v'ha un'intima relazione tra le stipulazioni scritte e le disposizioni della legge la quale costituisce la regola del tempo e del luogo in cui il

matrimonio è stato contratto. Le une fatte in contemplazione delle altre, e tutto quel che è di diritto in quel momento, formano insieme con ciò ch'è stipulato un intero, di cui le parti sono talmente connesse, che non si può staccarne alcuna in pregiudizio d'uno de' coniugi, senza violare la fede sotto la quale il matrimonio è stato contratto (2) ».

3. Tale fu il favore che le leggi civili prestarono al matrimonio, che ammisero in grazia sua anche i patti di rinunzia odiosi per diritto comune, e specialmente quelli de' quali scopo era la conservazione de' beni nell'agnazione: *conventiones faetas in contractu matrimonii*, dice lo stesso Dumoulin, *magni sunt favoris et specialem prae caeteris habent firmitatem* (3), e Paolo Christin nelle note a Deckert: *hodie rejecta passim juris romani scrupulosa subtilitate in universa Europa, communis recepta opinione pacta gentilitia admittuntur, quia favorabilia et ad confirmationem agnationis omnium spectant*.

4. Ne' contratti di matrimonio i coniugi convengono non solamente del proprio interesse, ma anche di quello dei figli e delle rispettive famiglie. Laonde, astrazione fatta da' comuni principi del diritto circa il modo onde le obbligazioni si trasmettono, ciascuno di loro è il procuratore della famiglia che rappresenta. Antonio Fabro con molta precisione espone un tal principio, in proposito delle istituzioni contrattuali: *Pro ereditibus testamentarius aut legitimus habent heredes quos vocant contractuales, factos scilicet per contractum matrimonii, per quem et heredes adnascuntur non tantum iis qui in matrimonium coeunt, sed etiam ipsorum agnatis cognatisque, ita ut dici possit quoties matrimonium inter Cozum et Semproniam contrahitur, non tam privatum ipsorum negotium agi, quam communem utriusque familiae causam, imo et ipsius reipublicae, ad quam vel maxime pertinet, ut magis ac magis intuentur*

(1) *Amato cons.* 86 n. 19.

(2) *Sirry T. IX P. II pag.* 327.

(3) *Consil. XI II. n.* 10

homines ad nuptias, quod plerumque fit allectis huiusmodi pactorum utilitate iis qui non aliter essent contracturi (1).

Sono questi i patti che gli scrittori oltremontani hanno chiamato di *famiglia*, o perchè *communis utriusque familiae agebatur*, o perchè il patto riservando una parte de' beni agli agnati o a' cognati davano a ciascuno di coloro un diritto all' osservanza di quello. Pietro Stockmann alla XLVII delle decisioni del Bra-

Esempi de' patti di famiglia.

Gli esempi del Belgio offrono molteplici specie di questo patto, dappoichè nell' uso di quella regione davasi alle parti contraenti un' ampia facoltà di regolare la sorte de' beni sia per la discendenza de' figli, sia per la *reversione* nel caso che questa mancasse. Scegliamo quei patti che per l' analogia si prestano meglio alla nostra argomentazione.

1. Voet è tra gli scrittori quello che ha meglio degli altri esposto e commentato la natura de' patti gentilizi. Nel ridurli a classi si abbatte egli anche nei casi i quali formano il soggetto della formula di Affitto: *Nec dubium, quin multifariam hac conventiones interponi queant. Etenim vel concernunt coniugum ipsorum successionem inter se, veluti ut ulimus supersies omnia coniugis praedefuncti bona sibi servet, aut partem eorum; quod coincidit cum pacto de lucranda dote, parteve ejus, superius exposita. Vel respiciunt successionem tertii in bona coniugum; puta ut matrimonio soluto bona redeant ad latus illud, unde profecta sunt. Adunque patto di famiglia è quello per lo quale si conviene, che non nascendo figli dal matrimonio, o morendo questi senza testamento, i beni toruino al lato d' onde sono usciti.*

2. Simili patti erano in Francia riconosciuti col nome di *regolamento ab intestato*. Scopo di tali patti era o di assicurare l' ordine naturale della successione, o di modificarlo sia in tutto, sia in parte (2); ma non tutti erano della medesima natura, nè tutti erano qualificati come patti successori. I patti gentilizi che

bante nola: *pacta familiae sive gentilitia hodie generatim valent*. Certa cosa è che cotesto nome nato propriamente dagli usi e dalle consuetudini del Belgio, conviene a tutta quella specie di convenzioni, nelle quali il matrimonio regola la successione, la riserva, la reversione di tutti o di una parte de' beni a' congiunti de' coniugi; e soprattutto conviene a quella specie di patti che in Francia furono detti di *coté et ligne*.

risguardano certi e determinati beni non possono dirsi patti successori, nè per essere sostenuti abbisognavano del presidio del giuramento, del consenso dell' uomo vivente, o del favore del matrimonio, ma erano legittimi e validi per loro stessi, perchè erano della natura de' patti semplici e non degli universali. Ripetiamo in questo luogo la notabile sentenza di Dumoulin: *cum ergo id solum et praecipue ageretur, ne hereditas et bona paterna ad extraneos et in alienam familiam devenirent sed in posteris conservarentur; clarum in hac causa non fuisse actum de omnibus bonis filiorum siue liberis decedentium, sed nec de eorum hereditate vel successione proprie sumpta, sed de portione bonorum paternorum eos contingente dumtaxat, et sic de certis rebus vel certo genera tantum. Porro longe aliud est disporre de ipsa hereditate, vel ejus parte, aut certa quota . . . , longe aliud disporre de certis rebus vel de parte rerum vel de certo genere bonorum, puta de obventis a patre tantum vel alia certa persona Priore quidem casu, est disporre proprie de ipsa hereditate et successione, et tunc datum loquuntur et procedunt jura in partem oppositam allegata. Secundo vero casu, non est disporre de aliquid successionis futurae, sed de certis rebus vel certo genere bonorum tantum, quae conventio non solum non reprobat, sed approbatur etiam jure communi* (3).

Sopra questa dottrina appunto furono fondate due uniformi decisioni della Corte di Appello di Bruxelles e della Cor-

(1) *De error. Pragmatic. Decisione XXVIII. Err. VI. num. 10.*

(2) *Merlin Rép. Règlemen. ab intestat.*

(3) *Molinae consil. XV. n. 19.*

te di Cassazione francese, delle quali i motivi contengono la somma delle ragioni di diritto che distinguono l'una dall'altra specie di patti: « Le disposizioni d'un patto limitato a certi beni, o ad un genere di beni determinati, lungi dall'essere riprovate da' nostri costumi, sono anzi sostenute come istituzioni contrattuali, l'effetto delle quali è garantito dalle leggi che assicurano l'esecuzione delle stipulazioni lecite o non vietate. Questo articolo di dottrina insegnato da' migliori giureconsulti è specialmente confermato dalla *lxxv* decisione del consiglio del Brabante, riferita da Stockmann. La distinzione tra un atto nel quale, siasi pattuito dell'eredità o della universalità di una successione, e quell'atto nel qual si è trattato d'un genere di beni, è faccendamente dimostrata da Du-Moulin, giusta la cui sentenza le disposizioni di questa specie sono state sempre giudicate valide. Le leggi romane le quali riprovano le convenzioni intorno all'eredità o alla successione d'un terzo vivente non possono essere applicate alla specie di cui si tratta, perchè da una parte le disposizioni dell'atto in esame versano tassativamente circa un certo genere di beni, e l'eredità non ha formato il soggetto della stipulazione, e dall'altra i contraenti hanno trattato de' loro propri beni ». Queste furono le considerazioni, che la Corte di Cassazione approvò colla seguente decisione, la quale suggella la legittimità del *patto di famiglia*, e l'efficacia de' suoi effetti: « La corte d'Appello di Bruxelles nel confermare il patto di famiglia, lungi dall'aver violato alcuna legge, ha fatto una giusta applicazione di quelle che erano in vigore nel luogo in cui questo patto fu convenuto (1) ».

3. I diritti di reversione che stipulavansi co' *patti di famiglia* erano diversi, secondo il diverso scopo delle parti contraenti. E sebbene la denominazione generica di *propri* indicasse il particolare vincolo che accompagnava tali beni insino all'adempimento o al di-

fetto della condizione, ciò non pertanto suddividevansi i *propri* in particolari classi contraddistinte appunto per la diversa qualità della condizione: altri erano detti *propri di rappresentazione all'infinito*: altri *propri di troneo comune*: altri *propri di lato e linea*: ed altri finalmente *propri di semplice lato*. Per questi ultimi valeva la massima *paterna paternis* che è il principio regolatore del nostro patto di Capuana e Nido. Nè solamente da questo principio nasce l'analogia tra l'*patto di famiglia* francese ed il nostrale, ma anche dalle sue conseguenze. Imperciocchè quando fosse avvenuto il caso della reversione, quivi come tra noi succedevasi non all'ultimo moriente, ma al primo datore de' beni (2).

Del rimanente noi non diciamo che il patto, per lo quale i mobili si *realizzavano* o *immobilizzavano* in Francia in favore de' coniugi o de' loro agnati e cognati, fosse lo stesso del nostro patto di Capuana e Nido, nè abbiamo bisogno dell'analogia dove l'espressa volontà de' contraenti ha fissato i caratteri propri della convenzione e i suoi effetti legali. La *realizzazione* fu introdotta in Francia per sottrarre i mobili di grande valore alla comunione coniugale e per assicurare un beneficio prima a' coniugi stessi ed indi a' loro congiunti; nel che precisamente ravvisiamo la differenza. Colà i coniugi promettevano e rinunziavano in favor di se medesimi e de' rispettivi congiunti; laddove nel nostro patto i coniugi promettevano e rinunziavano l'uno in favor dell'altro, e de' rispettivi eredi.

4. Premessa l'ansidetta differenza, tale era la natura del patto di famiglia, che i coniugi potevano validamente stipulare per se e pe' loro congiunti. Non dubitosi in Francia della validità di tal patto, a rispetto de' congiunti, se non una volta sola; giacchè il Parlamento di Parigi con arresto de' 17 di maggio 1763 ammise alla successione de' mobili *realizzati* gli eredi legittimi e rigettò la domanda degli eredi convenzionali, i quali allega-

(1) Merlin *Répertoire succession* future.

(2) Merlin *Répert. articles*

Paterna Paternis.

Propres.

Réalisation.

vano l'efficacia e la costante osservanza del patto di famiglia. Ma cotesta decisione fu cassata dal Consiglio del Re, ai 13 di febbraio 1767, come contraria alla giurisprudenza ricevuta, all'ordine pubblico, ed alla pace delle famiglie. « Il semplice mal giudicato, dice Merlin, dava adito alla cassazione, quando la sentenza senza contravvenire ad una legge propriamente detta, rovesciava un articolo di giurisprudenza costantemente stabilito, e da cui dipendevano la pace delle famiglie e l'ordine pubblico. Di tal massima v'ha un esempio celebre nell'arresto del Consiglio de' 13 di febbraio 1767, il quale ha cassato un arresto del Parlamento di Parigi de' 17 di maggio 1763, che aveva giudicato contra la giurisprudenza invariabilmente seguita insino a quel tempo, cioè che il patto de' propri escludesse solamente il coniugo che l'aveva convenuto, e non la sua famiglia dopo la morte di lui (1) 2.

Queste nozioni intorno al patto di famiglia confermano la divulgata verità, che gli uomini hanno sempre con diversi vocabili detto e fatto le medesime cose; e dimostrano che se volessimo valerci de' vocaboli francesi, potremmo propriamente chiamare *patto di famiglia* il patto di Capnana e Nido. Ma non segue da tale assimilazione, che questo sia precisamente quello de' francesi; risulta bensì dal paragone una verità generale comune all'uno ed all'altro, che trovasi enunciata in termini pressochè simili, e nell'arresto del Consiglio del Re del 1767 ed in una decisione del nostro Sagro Consiglio. In Francia fu detto: *è mal giudicato tutto quel che rovescia la giurisprudenza ricevuta e sconvolge l'ordine della famiglia*; e tra noi disse molto tempo innanzi il Sagro Consiglio: *ulterius non immutentur ea quae diu certam interpretationem habuerunt* (2).

XII.

Conseguenza di tutte le cose dette.

Tutte le idee sin qua esposte parlono dallo scopo de' contrattanti finiscono nell'effetto ch'è stato determinato dal contratto. Lo scopo è: i beni di ciascuno dei coniugi s'intendano dati alla società conjugale per lo bene de' figli. L'effetto d'una tale stipulazione è: gli stessi beni si restituiscono a colui che gli ha dati, quando dal matrimonio non rimangano figli. Per congiungere l'effetto alla causa sono stati adoperati tanti patti legittimi quanti potevano essere i casi che frastornassero la restituzione. La sequenza di tali patti è:

Ciascun coniuge rinunzia a' beni dell'altro:

vi rinunzia tanto se non rimangano figli, quanto se rimanendone, muoiano di poi in qualunque tempo intestati e senza discendenti:

la rinunzia sia non dell'eredità del figlio, ma del diritto futuro che ciascuno de' coniugi o i suoi eredi potranno acquistare sopra i beni dell'altro:

sia fatta al coniuge e per esso agli eredi suoi:

La rinunzia sia reale estintiva ed abdicativa, acciocchè la persona del rinunziante non sia d'ostacolo nè per se, nè per gli altri:

quindi tolgesi di mezzo ed abbiasi come morto:

o trasportando il futuro al presente, abbiasi come se acquistato ora il diritto sopra i detti beni, vi avesse rinunziato:

quindi si obblighi per se e pe' suoi eredi col patto *de non petendo*:

quindi faccia da ora quitanza ed assolva l'altro coniuge colla cautela della stipulazione aquiliana, o sia dell'*acceptilazione*:

Non possa la rinunzia essere frustrata per lo fatto del padre:

quindi è vietato al padre sostituito pupillarmente al figlio ne' beni della madre a' quali ha rinunziato:

nè il padre o la madre possano do-

(1) *Merlin Répert.*, art. *Viduité*.

(2) *Scipio Theod. alleg.* 1, n. 6 *in fine*.

mandare la nullità del testamento del figlio, se costui gli abbia *preteriti* ne' beni rinunziati :

né il padre può ritenere l'usufrutto de' beni materni passati al figlio, se questi muoia prima di lui.

Molto meno possa la rinunzia essere frustrata per fatto del figlio :

quindi i beni si restituiscano sempre a' rispettivi coniugi o a' loro eredi, abbia o non abbia il figlio adito l'eredità de' genitori :

Non sono d'ostacolo le regole del diritto comune intorno agli effetti dell'adizione dell'eredità :

perchè i beni passano al figlio con un dominio rinvocabile :

È rinvocabile il dominio del figlio : perchè i beni passano colla legge della restituzione :

perchè la legge della restituzione è una condizione risolutiva :

perchè la condizione risolutiva, allorchè si verifica, fa tornare le cose nello stato in cui erano nel tempo del contratto :

Le conseguenze della condizione verificata sono :

che sparisce il tempo intermedio

tra l'matrimonio e la morte del figlio : che il matrimonio si ha come non contratto :

che il figlio si ha come non nato : che non si succede al figliuolo ma al genitore :

o sia che si restituiscano i beni al genitore se è vivente :

ehe in difetto di costui si restituiscano agli eredi, i quali rappresentano la stessa di lui persona :

I beni in somma ritornino o a colui che gli ha dati o a coloro che sarebbero stati i suoi eredi, se il matrimonio non si fosse contratto.

Questo è l'eurema del patto : queste sono le proposizioni contenute nella sua formula : così è stato definito da Napolitano, da Afflitto, dal Sagro Consiglio e da tutti quelli che meritano il nome di giureconsulti. Se l'imperizia o l'interesse di qualche scrittore ha oscurato o cambiato talvolta una tal definizione, il detto loro non può nè formare autorità nè sedurre l'opinione degli uomini versati nella scienza del diritto. A questo modo spogliato il patto d'ogni altro straniero accessorio, fa d'uopo osservarne lo scontro colle nuove leggi.

XIII.

Efficacia del patto sotto le nuove leggi.

Alcuni amatori delle presenti leggi riguardano come deforme tutto quel che ci ricorda delle passate, e desidererebbono vederne cancellate persino le vestigie.

Ma per quanto sia bello e simmetrico l'edifizio delle leggi attuali, estenderemo forse l'amor del nuovo anche alle proprietà e a' diritti acquistati ? E quel che de' essere mio per un'obbligazione contratta sotto le leggi antiche diverrà tuo, sol perchè le nuove riconoscono diversi modi di contrattare ? No certamente, perchè il nostro sapientissimo legislatore ha inteso rinnovar non le proprietà, ma la vecchia macchina delle leggi ; perchè nessuna legge può avere effetto retroattivo ; perchè se alcuna volta si derogava a questa regola, dee l'eccezione partire dall'espressa volontà del legislatore ; e finalmente perchè quando an-

ehe questa volontà sia espressa de'ella nascere da uno di quei casi di pubblica autorità, a' quali tutti dobbiamo il sacrificio de' nostri privati interessi. In somma il caso della retroattività delle leggi è uno di quei grandi esempi ne' quali la privata ingiuria è compensata dalla pubblica utilità. Adunque l'effetto retroattivo delle leggi può stare nella mente del legislatore, che ha nelle mani la bilancia del bene de' popoli, ma non può mai sedere nell'animo del giureconsulto o del magistrato : adunque amatori del diritto nuovo non sono coloro i quali vorrebbero alla legge imprimere la più odiosa di tutte le note qual'è l'ingiustizia, siccome giureconsulto non è chi devia dal severo ragionare pe' prestigi delle novità o per qualunque altro senso estraneo all'interpretazione delle leggi. Ma che diremmo, se quel che si dice dal-

le nuove leggi rievocate, potrebbe anche farsi all'ombra loro? L'errore sarebbe di *ragion comune*, e non di

ragion legale. Tali sono i temi della seguente dimostrazione.

Principi dell' antico diritto intorno alla retroattività delle leggi.

Verità generali.

Gli imperatori Valentiniano e Teodosio ridussero in una massima generale, quella regola che è implicita in ogni legge, e che era ripetuta e sparsa in tutto il corpo del diritto, cioè: le leggi regolano le cose future, e non si applicano a fatti passati, tranne se espressamente dispongano anche del passato e delle controversie già nate (1). Questa massima era stata in altro luogo del codice delle loro leggi più sentenziosamente enunciata: *omnia constituta non praeteritis calumniari faciunt, sed futuris regulam imponunt* (2). Or così la regola come l'eccezione della legge teodosiana, inserita nel codice giustiniano, dimostrano qualo sia il significato delle cose future (*futura negotia*) e de' fatti passati (*praeterita facta*). La legge non regola già tutte le liti future, ma quelle sole che nascono da un fatto futuro, sì che rimane estranea a tutte le controversie le quali nascono da un fatto passato. I diritti dunque i quali nascono da un contratto, da un testamento, da un delitto e da qualunque fatto avvenuto prima della nuova legge sono fuori del suo imperio; di essi la legge imperante è quella del tempo in cui il fatto avvenne, comunque possa essere diversa dalla nuova la quale regna nel tempo in cui nasce la lite. Tutto ciò è compreso nella regola del diritto, in *stipulationibus id tempus spectatur quo contractimus* (3).

Ma i diritti che si acquistano per un contratto possono esser puri o condizio-

nali; i primi prendono l'effetto dal momento della stipulazione, laddove i secondi dipendono dall'evento della condizione. Entrambi ciò non ostante sono egualmente perfetti, nè per altro differiscono tra loro, se non per lo tempo dell'eseguimento; di modo che tanto la realtà degli uni quanto la speranza degli altri è retta dalla legge del tempo in cui furono acquistati. La ragione di tale uguaglianza è nella natura della condizione, la quale verificata, si trae in dietro al tempo del contratto, e fa che quello da condizionale si congiunga in puro (4). Nè un tal diritto si cangia per la morte di colui, il cui diritto è sospeso dalla condizione, dappoichè trasmette egli al suo erede la speranza, e con questa gli effetti dell'obbligazione del promettente (5).

Comunque ne' tempi andati sia raro e difficile scontrare il caso della mutazione delle leggi, pur tutta volta non è sfuggita agli interpreti la questione, se la nuova legge possa distruggere i diritti condizionali, e specialmente quelli acquistati per contratto di matrimonio.

Il primo o certamente il più notevole tra gli interpreti il quale esaminato abbia una tal questione fu Bartolo nel commento alla legge non *de iustitia et iure*. Ivi questo luminare della giurisprudenza parlando della natura e degli effetti delle leggi le quali *inducunt et statuunt de novo*, e che oggi direbbonsi *innovative*, stabilisce le seguenti distinzioni: *si in contractibus et aliis dispositionibus di-*

(1) L. 7 C. de leg.

(2) Cod. Theod. de Const. Princ.

(3) Perez. Praelect. lib. 1. Tit. XIV. n. 7.

L. 177 de reg. jur.

(4) L. 11. §. 1. qui pot. in pig.

L. 9 §. 1 D. de novat.

L. 8 de peric. et comm. rei vend.

L. 10 e 54 D. de verb. signif.

(5) Instit. de verb. obl. §. IV.

L. 57 D. de V. obl.

stingue : au' lex sive statutum solemnitate seu formam inducit, seu exceptionem, seu defensionem parit, aut eam tollit. Primo casu, aut actus est inceptus sed non perfectus, ed ad illud lex non porrigitur : aut actus perfectus est ratione formae, sed pendet ratione effectus et ad illud lex nova non porrigitur. Secundo casu quando inducit exceptionem, tunc aut exceptio causatur tempore contractae obligationis, et tunc statutum talem exceptionem ad contractus praeteritos non extendit. Aut exceptio causatur ex aliquo facto post contractam obligationem, tunc si illud tale factum post statutum contingit, porrigitur exceptio et ad praeteritam obligationem (1). Notisi per ora il concetto di Bartolo, riservandoci di qua a poco il determinare il senso dell'eccezione, o sia del fatto il quale nasce da una causa posteriore alla promulgazione : o che la nuova legge re-

goli l'essenza dell'atto, o che regoli la sua forma esterna, o che dia o che tolga una eccezione ovvero una nuova ragione di difesa, se l'atto è perfetto per la volontà delle parti, ma non compiuto per l'effetto, rimane sempre sotto la disposizione della legge antica, e non può essere toccato dalla nuova.

Il concetto di Bartolo fu in termini più generici enunciato dal giureconsulto alemanno Tobia Giacomo Reinhardt : quaecumque negotia jam ante legem novam latam, quoad essentiam suam fuerunt perfecta, licet consummationem suam suosque effectus ab actu demum post legem novam futuro, eoque non extensivo, adhuc expectent, ea ad praeterita omnino referenda sunt, adeoque ex anterioribus legibus nequaquam vero ex nova lege lata dijudicanda, modo non integrum sit negotium juxta novae legis placita emendandi et perficiendi (2).

Applicazione degli esposti principj a' contratti di matrimonio.

Quel che si è detto de' diritti puri e condizionali in generale, de' esseri applicato a' patti espressi o taciti de' matrimoni, dappoichè le speranze fondate sopra le leggi e consuetudini del luogo dove il matrimonio si contrae, non sono se non altrettanti patti taciti. Ciò si dimostra per le seguenti autorità.

Andrea Tiraqueau propone come argomento generale : *spes non praejudicatur per restitutionem principis. Lex nova non trahitur ad jus quaesitum.* La ragione ch'egli ne allega è : *quod sicut nova constitutio sive lex non trahitur ad jus quaesitum de praeterito re ipsa, ita nec ad jus conditionale, quod ut fons diximus non potest dici quaesitum nisi spe (3).*

2. Filippo Decio acutissimo giureconsulto del xv secolo, che lasciò grandissima fama della sua scienza in tutto le

università d'Italia e in Francia, esaminò una tal questione in proposito dell'altra, se cioè potesse il marito rinunziare in favor della moglie ed in danno dei creditori, al lucro della dote. La soluzione di tal quesito dipendeva dal vedere se il marito avesse rinunziato ad un diritto acquistato, ovvero ad un diritto futuro, o sia se avesse scemato il patrimonio d'una proprietà sua, o avesse semplicemente ommesso di accrescerlo. Or a senso di Decio, dovevasi della qualità del diritto decidere secondochè quello nascesse dal contratto o pure dallo statuto. Cotesta opinione fu scrutinata da Carlo Dumoulin, il quale l'ammise colla seguente distinzione : *consilium Decii procedere possit quando statutum post matrimonium contractum supervenisset et ad jam contracta extenderetur, ita quod non competeret nisi conditio ex*

(1) *Bart. ad lib. 1 Digest. de Just. et jur. l. IX. n. 43 e 44.*

(2) *Observationes selectae ad Christi-*

naum T. I. obs. 40 n. 5.

(3) *And. Tiraquellus de legib. conubialibus et jura maritali.*

statuto, quod magis ultimae voluntati quam contractui aequiparatur. Secus si statutum praecedat, quia tunc contractus, qui ad mores et statuta loci refertur inest, ita quod ad tale lucrum competat actio ex contractu, et sic Decius hio male consuluit.

3. Giovanni Paponio nel corpo delle decisioni francesi riferisce essere stato deciso una tal questione al 31 di maggio del 1560 dal Parlamento di Parigi nella causa di Sebastiano Lalemard. Una consuetudine di Picardia, giusta la quale aveva costui contratto matrimonio, permetteva le donazioni universali scambievoli in favore del coniuge superstite. Costei consuetudine fu moderata durante il matrimonio per una legge nuova (allorchè fu pubblicata un'edizione di quelle consuetudini, *repetitae praelectionis*) e fu l'efficacia di tali donazioni ristretta al solo usufrutto. Ora comechè la morte della moglie fosse avvenuta nel tempo

della nuova legge, purtuttavia si fece ragione al marito secondo la legge del tempo in cui fu il matrimonio contratto.

4. Non è questa una giurisprudenza straniera che si cita per esempio o per argomento di analogia, ma è la dottrina del nostro foro, siccome l'attestano Ettore Capece, Francesco d'Andrea, Marcello de Grassis ad altri i quali fecero la stessa censura del consiglio di Decio, ed andarono nella medesima sentenza del Molino.

Per la qual cosa possiamo dare come un teorema dell'antico diritto, che nei contratti di matrimoni le leggi nuove non solamente non possano distruggere o alterare i patti co quali è stata conchiusa la società coniugale, ma non possono diminuire neppure l'effetto de' contratti taciti, o sia della presunta volontà delle parti contraenti e della fiducia che queste ebbero nelle leggi le quali servirono di norma alle loro convenzioni.

XIV.

Principi del diritto nuovo intorno allo stesso argomento.

Regole generali.

Tutto quello che può dirsi intorno all'effetto retroattivo delle leggi, applicato specialmente a' contratti di matrimonio, è compreso nella disposizione di due articoli delle nostre leggi civili. L'uno dice: *la legge non dispone che per l'avvenire: essa non può avere effetto retroattivo* (1); l'altro dichiara: *non è più permesso agli sposi di stipulare in un modo generico che la loro società sia regolata da una delle consuetudini leggi e statuti locali, che per lo addietro erano in vigore nelle diverse parti del territorio del regno delle Due Sicilie, e che sono abrogate* (2). Le conseguenze di queste due leggi sono manifeste: nessuna legge nuova può derogare a' patti, sieno puri sieno condizionali, stipulati sotto la legge antica: da oggi innanzi non si può co' contratti di matrimonio ridurre in patto qualunque

delle leggi o consuetudini rinvocate. Adunque tanto i patti espressi quanto i taciti stipulati sotto le antiche leggi sono confermati, e gli effetti loro rimangono saldi per virtù di due regole, generale una, speciale l'altra.

E sebbene il diritto nuovo non abbia mutato le definizioni de' vocaboli del diritto anzi abbia seguito le antiche, ciò non ostante la confusione nata tra il linguaggio legale ed il volgare, ha fatto sorgere questioni le quali sovente non hanno altro fondamento, se non il significato vago ed equivoco delle parole: quindi le speranze si sono messe in una classe diversa da' diritti e si è creduto ravvisare nell'idea della speranza un'incertezza di evento, contraria a quella del diritto perfetto: quindi si è udito ripetere da molti quasi come un assioma legale, che la legge nuova abbia sorvato

(1) Art. 2.

(2) Art. 1344.

ietati i diritti acquistati, e distrutto la speranza. Concetto falso e pericoloso, che scuote i cardini del diritto e la sicurezza della proprietà, onde conviene che si cacci dalla mente de' nuovi discepoli del diritto coll' autorità degli stessi luminari della moderna giurisprudenza.

1. Ed in prima vedasi come sia stata interpretata in Francia quella classica dottrina di Bartolo che è stata di sopra riportata (1). I diritti che rimangono in sospeso, e che per essere acquistati hanno bisogno d' un fatto dell' uomo, sono quelli che vengono dalla legge e non dal fatto dell' uomo stesso; o per fatto dell' uomo intendesi il volontario o sia *potestativo* e non il casuale o il misto.

Tal' è la spiegazione che ne danno Meyer ne' principi delle questioni transitorie ed il chiarissimo Merlin, i quali servono dell' esempio del *ritratto gentilizio* per meglio debbiare la differenza che passa tra' diritti acquistati e quelli che possono acquistarsi.

Di fatti presuppongasì che una consuetudine accordasse a' congiunti del venditore il diritto di *ritrarre* il fondo venduto e è manifesto (dicono concordemente Meyer e Merlin), che per essere i congiunti ammessi all' esercizio di quest' azione debba quella essersi verificata sotto l' impero della consuetudine che la concedeva, e che se essi non l' hanno esercitata, prima che la stessa consuetudine fosse dalle nuove leggi abolita, l' abbiano perduta senza speranza di riacquistarla ».

« Ma se in vece d' un diritto prettamente legale presuppongasì un diritto il quale nasca e dalla volontà della legge e dalla convenzione delle parti, si potrà forse applicargli il principio di Bartolo? E come mai potrebbe farsi una simile applicazione? Non potrebbe ella aver luogo, siccome sarà dimostrato, neppure nel caso del giudicato, quando la legge apre alla parte condannata un mezzo per impugnarlo, perchè si presume che tan-

to il condannato quanto l' avversario suo abbiano adottato per un quasi contratto, e prima che la sentenza fosse pronunciata, i mezzi che la legge dava per impugnarla (2) ».

Da queste spiegazioni risulta che qualunque diritto nato del contratto sia espresso sia tacito, dipenda o non dipenda dal fatto delle parti, non può essere rievocato o diminuito dalla legge posteriore. Ma cotesta conseguenza comprende pure i diritti *eventuali* le speranze e le *espettative* de' contratti? Prendiamone la soluzione dagli stessi autori:

« Quanto all' aspettativa che risulta da un contratto, ella è sempre fuori dell' imperio delle leggi posteriori, perchè ogni contratto forma un vincolo legale, per la forza del quale coloro che l' hanno sottoscritto, sono stretti dalla necessità di dare o fare quello a cui si sono impegnati: *vinculum juris quo necessitate adstringimur alicujus rei solvenda, secundum nostrae civitatis jura*. Nè importa che l' aspettativa dipenda da una condizione la quale non possa essere in tutto o in parte adempiuta, o che non si verifichi se non dopo il cangiamento delle leggi. Una tal condizione tiene senza dubbio in sospeso l' effetto del vincolo legale che è stato formato dal contratto: *ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri*. Ma lo scioglimento del vincolo legale non può nascere dalla non seguita verificazione della condizione; nè questa impedisce che da tal vincolo non risulti sin da ora un diritto acquistato, nel senso cioè che non possa essere infranto in un modo diverso da quello nel quale è stato contratto. Ciò è tanto vero, quanto la speranza la quale costituisce questa specie d' *espettativa* si trasmette regolarmente agli eredi di colui che l' ha stipulata: *eamque ipsam in heredem transmittimus, si prius quam conditio extiterit, mors contigerit* (3).

Nè questa dottrina varia, se si ap-

(1) V. sopra a pag. 231.

(2) Merlin T. XIV Additions Effet rétroactif. Sect. III § III. Art. 1 n. 3.

(3) Merlin T. XVI Additions Effet rétroactif Sect. III. §. II. n. 2.

plica alle ultime volontà, quando l'erede o il legatario abbia per la morte del testatore acquistato un diritto condizionale, siccome lo stesso Merlin in altro luogo il dichiara.

« Forse colui il quale è stato istituito sotto una condizione, non acquista per la morte del testatore il diritto di prendere l'eredità, quando la condizione venga a mancare se è negativa, o a compiersi se è affermativa? Qual è dunque il codica d'onde è stata attinta una sì strana dottrina? Certamente il diritto acquistato dall'erede istituito sotto una condizione per la morte del testatore, può non essere effettuato; certamente diverrà illusorio, se l'erede muore nel tempo in cui la condizione è ancora pendente. Ma non è meno vero che per la morte del testatore l'erede condizionale è investito del diritto irrevocabile di succedere, in caso che la condizione negativa della sua istituzione venga a mancare durante la sua vita, e nel caso che si compia l'affermativa. E però non esitiamo affermare che non si troverebbe oggi in Europa un solo legislatore il quale togliendo per l'avvenire la facoltà di testare, osasse comprendere in siffatta abolizione i testamenti, co' quali gli autori già morti avessero fatto dipendere le loro disposizioni, sia dall'adempimento, sia dal mancamento delle condizioni che restano ancora in sospeso (1) ».

E per compiere la dimostrazione di tutti i casi, vale la stessa dottrina quando si è la legge trasmutata in patto, e sia questa una legge d'un diverso territorio? La legge pellegrina vince la patria, o questa è da quella vinta? La soluzione di tal quesito dichiarerà meglio,

anche nel senso del diritto nuovo, la questione di sopra proposta, se la legge o la consuetudine converta in patto resti legge, o divenga patto? Si ricorra all'oracolo del più esatto ragionatore tra i viventi giuriconsulti.

« Può dirsi, domanda Merlin, che la legge straniera debba sempre ed indistintamente tacere innanzi alla legge francese a rispetto degl'immobili posseduti in Francia »?

« No, v'ha due casi ne' quali per contrario la legge francese ceder dee alla straniera? Il primo è, come si vedrà al numero iv, allorchè la validità de' contratti o delle disposizioni relative agl'immobili è subordinata alla capacità o incapacità de' contraenti, se questi sono stranieri ».

« Il secondo è quando la legge straniera, sotto la quale hanno contratto gli stranieri possessori degl'immobili, sia stata adottata da' contraenti e converta in patto espresso. In questo caso opera, non come legge a rispetto degl'immobili siti in Francia ma solamente come convenzione ».

« Ma se i contraenti non l'avessero espressamente adottata, può farsi l'induzione che siensi a quella sottomessi per convenzione dal perchè il contratto è stato fatto nel territorio della legge medesima? debbono le sue disposizioni essere eseguite *vi conventionis* sopra gl'immobili della Francia? Nessun dubbio per l'affermativa in tesi generale (2) . . . ».

« Invano si pretenderebbe che una tale regola debba aver luogo solamente nei casi ne' quali i contraenti sono cittadini o sudditi del paese ove essi contrattano (3) ».

Applicazione delle stesse regole a' contratti di matrimonio.

Dalle stesse idee sin qua esposte risulta, che ne' contratti di matrimonio la convenzione tacita converte in patto an-

che il diritto legale, del tempo in cui il matrimonio stesso fu celebrato. Ciò è concordemente dimostrato dagli espositori

(1) Merlin *art. Choix* §. I. n. 10.
(2) Il ragionamento è ricavato dalla legge 34 de *regulis iuris* e dall'articolo

1159 del codice civile.

(3) Merlin *Additions* Vol. XVI. Art. Loi §. VI.

del diritto, dagli autori delle *questioni transitorie*, e da espresse disposizioni di leggi.

« Per le stesse ragioni, dice Merlin, domandasi se nel matrimonio contratto prima del codice civile possa il marito per virtù dell'articolo 1421 vendere i beni acquistati durante la comunione senza il concorso della moglie? Non è questo articolo che de' esser consultato, ma sì bene la legge sotto l'impero della quale gli sposi maritaronsi, legge che essi adettarono, o che si presume avere adottato come regola de' loro rispettivi diritti nella comunione (1) ».

Chabot de l'Allier stabilisce lo stesso principio come regola generale di tutte le controversie di questa specie:

« Abbiamo già dimostrato, dice egli, che tutti i diritti matrimoniali debbono essere regolati colla legge ch'era in vigore nel momento del contratto, *quando anche fossero deferiti a titolo di successione*. Sarebbe inutile ripetere i motivi sopra i quali è fondata questa sentenza, e ci limitiamo a riferire una decisione che ha giudicato la questione *in terminis* (2). Bisogna sempre seguire la medesima distinzione onde regolare il diritto che nasce dal matrimonio, anche in una successione aperta sotto l'impero del codice civile: il diritto de' essere sempre regolato conformemente alla legge del tempo del matrimonio, altrimenti la volontà de' coniugi non sarebbe più eseguita, e i diritti irrevocabili che la legge antica aveva accordato sarebbero o distrutti, o cambiati dalla legge nuova (3) ».

La sola eccezione che questa regola generale può patire, nasce dal fatto a non dal diritto, siccome è dimostrato da Merlin nella continuazione delle osservazioni di sopra riferite. « Questo principio, dice egli, ammette una limitazione per rispetto al contratto di matrimonio, e nasce da che il contratto si reputa sempre fatto, non già nel luogo dove il

matrimonio si celebra, ma in quello dove i coniugi prefiggendosi di stabilire il domicilio (giusta la *l. 65 D. de judiciis*), il quale perciò si chiama *domicilio matrimoniale*. Per la legge di questo luogo s'interpretano le convenzioni nuziali e si suppliscono quelle che non sono state scritte. Ma una tale modificazione non cambia per nulla il principio, e non influisce se non nella determinazione di ciò che s'intende per la legge del luogo del contratto (4) ».

Finalmente tanto è vero che questi principi sono stati ugualmente costanti ed invariabili nella mente degli interpreti e de' legislatori, quanto veggonsi ripetuti nel decreto francese de' 4 luglio 1811, il quale rende comuni le leggi civili della Francia a' dipartimenti delle Bocche dell'Elba, del Weser e dell'Ems. « I diritti, dice l'art. 150, de' coniugi maritati prima che il codice civile fosse messo in esecuzione, ancorchè lo scioglimento del matrimonio avvenga dopo dell'anzidetta epoca, saranno regolati giusta le disposizioni del contratto di loro matrimonio. Se non v'è contratto, saranno regolati in conformità della legge sotto le quali il matrimonio fu celebrato ».

Quali dunque sono le autorità o i principi da quali si possa desumere che la legge nuova abbia distrutto i diritti condizionali; o per quale ragione di diritto civile può dirsi che questi diritti sieno meno perfetti de' puri; o finalmente qual differenza legale può farsi tra le *speranze*, l'*aspettative* a i diritti condizionali? Valga come conclusione a come risposta insieme la pratica confutazione che lo stesso Merlin fa di questa falsa dottrina:

« E come non si sente che se fosse l'opposto, la legge ingannerebbe il prevedimento de' contraenti, e si trastullerebbe della loro buona fede? Ho fatto ieri una tale convenzione perchè la legge di ieri mi autorizzava a farla: se la legge di ieri me lo avesse vietato, non avrei contratto; o contrattato avrei ad un altro

(1) Merlin T. XVI Addition affaire retroactif. Sect. III. §. III art. III n. 3.

(2) Sirey Tom. VI P. II pag. 411 e seguenti.

(3) Questions transitoires, droits matrimoniaux.

(4) Merlin Addition Tomo XVI Art. Loi §. VI.

modo: avrei preso altri spedienti o precauzioni per assicurare i miei diritti o

quelli de' miei eredi (1).

XV.

Applicazione degli esposti principj a' diritti di riverzione.

Tostochè si è dimostrato che il patto di Capuana e Nido non contiene se non un diritto di riverzione stipulato sotto le antiche leggi, dalle quali era favorite e protetto; e che un tal diritto non ha alcun vizio o mistura di fedecommesso, sarebbe superfluo ricorrere agli esempi ed alle autorità delle cose giudicate. Di fatti gli esempi delle controversie fatte in Francia a rispetto de' patti di ritorno riguardano più i taciti che gli espressi, i quali furono rispettati dalle stesse leggi della rivoluzione. E qui giova rammentare che sebbene la legge de' 17 neroso an. II. avesse attentato contro a tutte le donazioni, istituzioni contrattuali e disposizioni per causa di morte posteriori a' 14 di luglio 1789, pur tutta volta coll'articolo LXXIV dichiarò: « i beni dati dagli ascendenti a' loro discendenti, colla stipulazione del ritorno, non sono compresi nelle disposizioni di sopra espresse; essi non fanno parte della successione del discendente in sino a che possa aver luogo il diritto del ritorno ». Questa legge dunque risponde alla doppia quistione

della nostra causa, cioè che i diritti acquistati in forza d'un patto di riverzione non possono essere troncati da una nuova legge, e che i beni soggetti alla riverzione non debbano essere confusi coll'universale successione del defunto. Ma questo è poco! L'articolo V della legge de' 23 ventoso dello stesso anno soggiunse: « l'articolo LXXIV della legge de' 17 neroso non ha nulla innovato, a rispetto delle donazioni antecedenti a' 5 brumaio, circa gli effetti del ritorno legale ne' paesi e pe' casi no' quali un tal diritto aveva luogo (2) ».

Ora premesse queste cose giova ricorrere dalle decisioni francesi le due seguenti verità, le quali rispondono ad altrettante frivole obbiezioni che riproduconai come quistioni *transitorie*, 1. che i diritti di ritorno convenzionale o legale in favore del disponente e degli eredi suoi non sono da confondersi colle sostituzioni, 2. che non fa ostacolo la disposizione del codice francese, il quale vietava il ritorno agli eredi del donante.

Giudicati che distinguono il ritorno dal fedecommesso.

1. Nel 1694 Orsola di S. Martin fu maritata ad un signore di Lalanne, e le fu da' genitori costituita una dote di 18 mila lire, con condizione che in caso di scioglimento di matrimonio senza figli, o che in caso si estinguesse la discendenza legittima, dovesse la dote tornare a' genitori, o al figlio, o agli eredi di costui. Una tal condizione fu scritta in conformità della consuetudine di Navarra, giusta la quale la dote era soggetta ad un ritorno perpetuo in favore de' discendenti maschi del dotante. Rosalia La-

lanne ultima discendente di quel matrimonio morì nel 1793 (cioè dopo le leggi de' 25 di ottobre e de' 14 di novembre 1792 che avevano proscritto le sostituzioni), e lasciò di se erede il sig. Larregoyen. D'altra parte la signora de Navailles discendente de' signori di Saint Martin pretese la restituzione della dote in forza del patto di riverzione scritto nello strumento dotale del 1694. Sone notabili in questo esempio così l'uniformità colla quale decisero il tribunal civile, la corte di appello e la corte di

(1) Merlin, *Répert. art. viduité* tom XIV pag. 558 a 560 quarta edizione.

(2) Merlin, *Répert. art. Réversion* section III.

cassazione francese, come i motivi sopra i quali furono fondate e le conclusioni del pubblico ministero e la decisione di quella suprema corte. L'avvocato generale Daniela, dopo aver distinte i caratteri legali i quali differenziano la sostituzione dal patto di reversione, conchiuse: « Il diritto di ritorno non si può somigliare ad una vera sostituzione, quando lo stesso donante esercita questo diritto. Dunque non è una sostituzione, quando si esercita da' suoi eredi, i quali non rappresentano con lui che la persona medesima. Pensiamo perciò che i giudici di prima istanza e di appello han fatto una giusta applicazione dello leggi della materia ». E' la corte di cassazione facendo oco a' detti del pubblico ministero decise: « Attesochè le leggi de' 17 nevoso anno II (art. 71) e de' 23 ventoso dello stesso anno (art. 4) hanno conservato gli effetti delle stipulazioni di ritorno e quelli del ritorno legale, nei paesi e pe' casi ne' quali un tal diritto reggeva, a rispetto delle donazioni antecedenti a' 5 brumaio anno II; attesochè per effetto di queste leggi, e delle differenze che distinguono i diritti di reversione convenzionali e legali dalle sostituzioni, non si può applicare a' diritti di ritorno l'abolizione pronunciata dalle leggi de' 25 di ottobre e de' 11 novem-

bre 1792; rigetta il ricorso (1) ».

2. Nel 1672 Maria Bordenave maritata a Pietro Sarrabère ricevette dal padre la dote di lire 9000 colla stessa condizione del ritorno in favor de' discendenti del dotante quandochè si estinguesse la linea da lei discendente: da tal matrimonio nacque una sola figlia Sara Sarrabère, di cui ultimo discendente fu Giambattista Porsè: costui morì senza figli nel 1793 ed istituì erede il signor Guinbarte: un signor di Bordenave discendente del dotante domandò la restituzione della dote per virtù del patto scritto nello strumento dotale del 1672: il tribunal civile e la corte di appello fecero ragione alla dimanda dell'attore: la corte suprema ripetendo quasi gli stessi motivi addotti nella causa di Larregoyen, decise: « Attesochè per le leggi de' 17 nevoso e de' 23 ventoso anno II, le quali hanno conservato gli effetti delle stipulazioni di ritorno legale e convenzionale, ed attese le differenze che passano tra' diritti di reversione convenzionali o legali e le sostituzioni, non si può applicare al diritto di ritorno l'abolizione pronunciata dalle leggi de' 25 di ottobre e de' 14 di novembre 1792. Per questo motivo la Corte rigetta il ricorso (2) ».

Giudicati che riconoscono il ritorno in favor degli eredi.

L'obbiezione da taluno fatta che la restituzione convenuta in favor degli eredi ripugni alla disposizione dall' articolo 951 del codice civile, contiene una grossa petizione di principj. Imperciocchè se si fosse una tal riserva opposta ad un contratto perfezionato sotto le leggi francesi, non è chi oserebbe negarlo. Ma trattandosi d'antico contratto, quale legge li vietava? o quale legge dichiarava fedecommesso una condizione risolutiva stipulata in favor di se e degli eredi suoi? Adunque tanto è il ricavare argomento dall' articolo 951 o dall'articolo 896 del codice civile, quanto

è il pretendere che i diritti acquistati sotto le antiche leggi debbano essere giudicati colle nuove. Ma una tale obbiezione fu discussa nella causa di Navailles et Larregoyen, e l' illustre autore delle *guistioni transitorie* la risolve anche coll' autorità d' un altro giudicato di quella suprema corte:

« Vorrebbesi forse opporre al ritorno convenzionale il quale si verifica sotto l'impero del codice civile l'art. 951 del codice, il quale permette che la reversione possa essere stipulata in favor del solo donante? Ma la disposizione del sud-

(1) *Sirey t. VI p. I pag. 135 decis.*
glie 11 frimaio an XIV.
V. Merlin Répert. V. Dot. §. XVII,

dov' è riportata la medesima decisione.
 (2) *Sirey t. 9. p. I pag. 303, decis.*
de' 17 di gennaio 1809.

dello articolo non può avere effetto retroattivo sopra le stipulazioni antecedenti, le quali erano valide in favor degli eredi, giusta le leggi di quel tempo: cotesto articolo non può regolare se non le stipulazioni fatte dopo la pubblicazione del codice. Per la medesima ragione l'articolo 896 del codice non può essere applicato alle stesse antiche stipulazioni ».

« E per sovrabbondanza, se si potesse

applicare un tale articolo, ne seguirebbe che non solamente la condizione del ritorno resterebbe senza effetto, ma che la donazione stessa diverrebbe nulla, siccome l'ha espressamente deciso la sezione civile della corte di cassazione con arresto de' 18 di gennaio 1808; il perchè i beni dati tornerebbero sempre agli eredi del donante (1) ».

XVI.

Applicazione degli stessi principj alle rinunzie.

Riduciamo ad un tema generale le ragioni che hanno fatto decidere della validità o invalidità delle rinunzie così in Francia come tra noi. Chi ha rinunziato ad un diritto che la legge gli dava, e del quale poteva egli disporre, ha contratto un'obbligazione irrevocabile; e per conseguente non può della validità di quell'atto giudicarsi se non per le leggi che avevano allora vigore. Cotesta obbligazione è ugualmente perfetta o che avesse riguardato un diritto acquistato ovvero un diritto futuro, che fosse stata pura, ovvero condizionale. Per l'opposito chi ha rinunziato ad un diritto che la legge gli negava ha fatto un atto superfluo, e per conseguente non ha disposto d' un diritto suo, ma ha seguito la fede della legge che allora imperava. Or se una nuova legge gli concede quel che l'antica gli toglieva, manca la sua volontà, perchè è mancata la cagione che l'aveva determinata. Adunque se molte delle antiche rinunzie sono divenute caduche per virtù delle leggi nuove, non è già che siasi a queste dato un effetto retroattivo, ma è perchè ha vacillato il contratto dal momento stesso in cui fu fatto. Questo caso è simile, anzi è identico di quelli, che nel tempo della stesso antiche leggi avvenivano, quando verificavasi un avvenimento non preveduto; quindi può contrarsi nelle rinunzie personali o traslative o non già nelle reali o estintive; quindi si è verificato frequentemente nelle

rinunzie delle donne che andavano a marito, e non si è giammai verificato nelle rinunzie de' *claustrali*. Imperciocchè chi ha rinunziato a' diritti suoi in favor del padre, del fratello o d'una persona qualunque, ha graduato il calcolo della morte e l'inclinazione degli affetti secondo i dati che potevano allora muovere l'animo suo; sì che tutto quello che non poteva allora cadere nel suo antivedimento, si è trovato per l'effetto delle nuove leggi fuori della stessa sua volontà. Ma per l'opposito chi si è volontariamente dichiarato incapace di avere e di possedere rimane sempre incapace; giacchè ha guardato al fine e non al mezzo, e coll'esclusione di se stesso ha posto nella medesima bilancia il probabile, l'inverisimile ed ogni avvenimento eomunque straordinario ed insolito.

Premesse queste cose, di qual natura furono le rinunzie che i coniugi fecero l'uno all'altro nelle tavole nuziali, sotto il nome di patto di Capuana e Nido? La legge comune ammetteva il genitore superstite alla successione de' figli, sì che per derogare appunto alla disposizione di questa legge, e per conseguire un fine affatto diverso da quello della comune successione, rinunziarono a' rispettivi diritti: vi rinunziarono assolutamente ed *estintivamente* per modo che dovessero aversi come morti: una tale rinunzia non è, nè un atto superfluo, nè una liberalità relativa, o capace d'essere

(1) *Chabot de l'Allier. Questions transitoires § VIII.*

revocata per qualunque avvenimento posteriore: anzi è un contratto perfetto sin dal momento della stipulazione, esente dall'impero delle nuove leggi. Per la qual cosa tutte le questioni transitorie intorno all'efficacia delle antiche rinunzie dipendono da una sola verità, cioè: le leggi nuove, a rispetto delle antiche rinunzie, sono operative per via d'interpretazione di volontà, e non per effetto retroattivo, e però tutte le rinunzie le quali non erano revocabili sotto le leggi antiche, perchè fatte con atti tra vivi, o perchè di loro natura assolute ed estintive, non sono state punto toccate dalle leggi nuove. Aggiungiamo ora alla forza delle ragioni l'autorità delle opinioni e de' giudicati francesi.

1. La distinzione tra le rinunzie superflue (*surrogatoires*) e le volontarie propriamente dette nacque sin dal momento in cui la giurisprudenza ricomparsa sul suolo francese imprese a correggere gli eccessi delle leggi della rivoluzione, e specialmente delle due de' 5 brumario e de' 17 nevoso anno II. Laonde l'art. 11 della legge de' 18 piovoso anno V dichiarò che l'annullamento delle antiche rinunzie rimanesse fermo, quando fossero fatte dalle fanciulle in paesi ne' quali queste erano escluse dalla paterna successione per virtù de' loro statuti locali. Per contrario l'articolo 1 della stessa legge dichiarò illecita l'efficacia di tutte le altre rinunzie fatte per contratto di matrimonio in paesi ne' quali erano le donne ammesse alla successione insieme co' maschi. Questa distinzione formò da quel punto in poi la regola costante de' tribunali francesi, e fu messa in chiarissima luce da una decisione della Corte di Appello di Torino de' 4 ventoso anno XIII. Gli uniformi motivi e di questa decisione e della sentenza del tribunale di prima istanza sono altrettanti tratti luminosi di verità e di sapienza legale: Ecco i più notabili:

« la rinunzia fatta da una fanciulla per l'occasione del suo matrimonio non era se non la conseguenza della sua legale esclusione »:

« era senza oggetto e senza base, e però di nessun effetto e superflua, quantunque

approvata dalla legge; non potendo alcuno trasferire in *alium* *jus quod ipse non habet*:

« tale specie di rinunzia non poteva essere in alcun modo riguardata come esplicitiva della volontà della fanciulla, la quale sapendo essere dalla legge esclusa non poteva dare a quell'atto qualunque importanza »:

« era inoltre divenuta una stretta formula di stile, che i notai quasi sempre iscrivevano, anche senza la volontà delle parti contraenti »:

« e d'altra parte la suddetta rinunzia non poteva giammai essere estesa a diritti ignoti alla rinunziante, quali sono i diritti che leggi future e non prevedute le avrebbero accordato ».

Sin qua sembra manifesto, che tutti gli esposti motivi, non versano se non circa la presunta volontà della rinunziante (1).

1. Chabot de l'Allier dopo avere applaudito a tutti gli argomenti della riferita decisione a rispetto delle rinunzie superflue (o *surrogatoires*) dichiara quanto alle volontarie:

« Non si può applicare gli stessi principi alle rinunzie fatte dalle fanciulle, prima della legge de' 5 brumario anno II, alle future successioni dirette o collaterali, sia ne' contratti di matrimonio de' fratelli in favor de' quali rinunziarono, sia in altri atti tra vivi cogli stessi fratelli. Infatti tali rinunzie o sono state convenute ed accettate a titolo oneroso, o sono state fatte a titolo gratuito. Nel primo caso sono altrettante cessioni, vendite, o contratti incommutabili. Nel secondo sono donazioni, dappoichè il rinunziare ad un diritto in favor di alcuno, è in realtà fargliene dono . . . Tali rinunzie debbono dunque essere efficaci nelle successioni, comechè aperte sotto l'impero del codice civile, perchè esse non partono solamente dalle disposizioni delle consuetudini abrogate, ma da convenzioni espresse ed irrevocabili, le quali debbono essere giudicate colla legge che esisteva nel momento in cui furono concluse, ed alle quali il codice civile non può fare il menomo pregiudizio, quando sieno state validamente fatte (2) ».

Ora da questi motivi risulta parimenti

(1) *V. Chabot exclusions coutumières* § 1. (2) *V. Chabot exclusion coutumière* §. II

manifesto, che se le rinunzie non possano essere impugnate per la presunta volontà delle parti contraenti, sta ferma per esse, come per ogni altro atto la regola, che le leggi nuove non hanno effetto *retroattivo*.

3. Finalmente lo stesso autore propone la quistione se coloro i quali erano per le antiche leggi esclusi da ogni diritto di successione ed anche di legittima, potessero risguardarsi come richiamati alla successione dal codice civile, e qui presentarsi in primo luogo i religiosi professi, de' quali dice: « Prima della rivoluzione, i monaci e le monache che avevano fatto professione, erano incapaci di succedere ed anche di pretendere legittima: erano considerati come civilmente morti . . . L'incapacità fu espressamente conservata dopo la rivoluzione per l'articolo primo d'un decreto dell'assemblea costituente del dì 26 di marzo del 1790, e per l'articolo XXI del titolo I d'un altro decreto de' 14 di ottobre dello stesso anno a rispetto di coloro, che uaciarono da' loro monasteri. Ma per l'articolo IV del decreto de' 5 brumaio anno II e per l'articolo V della legge del 17 *netoso* i monaci e le monache furono richiamati alle successioni. Questi decreti medesimi furono applicati a' cavalieri di Malta, i quali giusta l'opinione degli scrittori e secondo una giurisprudenza da lunghissimo tempo sempre uniforme e costante, erano anche incapaci

di succedere (1) ».

Non parliamo degli errori della rivoluzione i quali non ci sono comuni, nè del decreto de' 5 *brumaio* i cui visi di *retroattività* furono emendati dalla legge de' 18 *piovoso*. Non confondiamo neppure le leggi e i costumi della Francia co' nostrali, giacchè quivi l'incapacità delle *mani morte* nasceva da una legge politica, laddove tra noi l'incapacità ottenevasi appunto mercè delle rinunzie. Ma prendiamo dagli esempi la ragione, per applicarla giustamente alle diverse circostanze del soggetto. I professori erano incapaci perchè morti civilmente: come tali non valsero le nuove leggi a sciogliere l'antica incapacità, nè a restituire loro i diritti de' quali eransi spogliati. Chabot conchiude l'articolo: « in una parola, non bisogna giammai dimenticare la regola generale che gli effetti d'una donazione irrevocabile, sia tra vivi, sia a causa di morte debbono essere costantemente regolati dalla legge del tempo della donazione, e non possono essere modificati o retti dalle disposizioni della legge nuova che regna nel tempo della morte del donante (2) ».

Ma la giurisprudenza intorno alle antiche rinunzie, che in Francia fu stabilita per via di errori e di pentimenti è stata fissata tra noi da atti legislativi, de' quali si parlerà a miglior luogo, onde è stato chiuso l'adito ad ogni errore ed a qualunque effetto retroattivo.

XVII.

Paradosso legale.

Convien prima d'ogni altra cosa vendicare il significato del vocabolo dall'ingiuria che le fa il comune uso di parlare. Paradosso dicesi tutto quello che oltrepassa la comune opinione, e per comune dicesi qui intendere volgare. Or siccome non è mancato tra 'l volgo chi dicesse voler noi ridare vita ad un patto caduto nel nulla, così dopo avere di-

mostrato che gli effetti d'un patto valido nel tempo in cui fu scritto stanno sempre saldi qualunque sia la legge sopravvenuta, ci piace imitare l'audacia d'un grande uomo dell'antichità, togliendo da lui a presto l'idea insieme col nome suo (3). Affermiamo dunque essere tanto lontano dal vero che il patto di Caposna e Nido sia stato invalidato

(1) Chabot art. Reduction.

(2) Chabot Reduction in fin.

(3) Quod cum ita putarem feci etiam

audacius quam ille ipse de quo loquor.
Cicer. Paradox.

tra coloro che lo stipularono all'ombra delle antiche leggi, quanto sarebbe per contrario permesso stipularlo anche al

giorno d'oggi, serbate le forme delle presenti leggi civili.

Requisiti che debbono oggi avere i patti nuziali.

L'articolo 1341 delle nostre leggi dichiara per modo di regola che i coniugi possano fare a loro piacimento qualunque speciale convenzione purchè non sia contraria alle disposizioni proibitive del diritto. Quindi coll'autorità di questo articolo riduconsi oggidì in patto alcune di quelle usanze, le quali nascevano dallo stesse leggi abrogate. Tra le altre, si pattuisce oggi quasi comunemente l'*antefato*, o si rendono per convenzione obbligatorie le disposizioni della prammatica del vicerè duca di Ossuna. Effetti di questo patto sono, che la moglie venga a lucrare una porzione de' beni del marito, proporzionata alla quantità della dote, e che restituisca la proprietà di tali beni ai figli, come figli e non già come eredi, godendo durante la vita sua dell'usufrutto di quelli. Sotto le antiche leggi la restituzione della proprietà poteva forse essere qualificata como sostituzione; sotto le nuove il patto si spiega e si sostiene per quella miglior via per la quale possa

piuttosto valere che perire: quindi prende il carattere d'una donazione per contemplazione di matrimonio, che il marito fa nell'usufrutto alla moglie o nella proprietà a' figli da nascere. Se ciò si pratica per l'*antefato*, perè non potrebbe farsi per la restituzione della dote o de' beni paterni al donante e a' suoi eredi? E per verità non deesi presumere che le questioni di diritto possano essere decise per antipatia di nomi, il che se fosse diverrebbe inutile l'opera de' giureconsulti; ma se pure così fosse, troverebbesi più vecchie nel vocabolo *antefato*, che nel patto di *Capuana e Nido*; che anzi il primo si rannoda a molte voci ed idee affatto barbariche, quali sono i *meffi* e le *morgengabe*, delle quali cose è del tutto innocente il nostro patto. Per la qual cosa stiasi al rigore della dimostrazione, e rimossa qualunque preoccupazione d'animo vengasi, se il patto che si vorrebbe perpetuare, contenga nulla di contrario alle disposizioni proibitive del diritto.

Non incontra difficoltà come patto di ritorno.

Consideriamo da prima il patto, qual è, come una restituzione convenzionale in favor del donante e degli eredi suoi, e concepiamolo prima per la dote, ed indi per altri certi e determinati beni paterni, o paterni. Quanto alla dote due casi possono essere preveduti, o che non nascano figli, o che nascano e muoiano dopo la morte della madre: nel primo caso il patto che la dote tornar debba al donante ed agli eredi suoi combacia perfettamente colla disposizione del diritto comune, e non forma un caso diverso di quello che è scritto nell'art. 1377 delle leggi civili. Nel secondo caso poi, la condizione del ritorno deesi presupporre scritta ne' seguenti termini, che sono quelli della formola di Alfitto: se i figli morranno in qualunque tempo senza di-

scendenti e senza testamento, o sia se non disporranno della dote che avranno ricevuto come eredi della madre. Riserviamoci l'esaminare di qua a poco gli effetti di questa condizione, il senso della quale si congiunge colle cose che diremo intorno alla sostituzione che taluni ravvisano nel nostro patto.

Passando quindi a' beni parafernali ed a' paterni ancora, siccome ogn donazione può oggi essere fatta colla condizione del ritorno in favor del donante e de' suoi eredi nel caso che il donatario morisse senza prole in qualunque tempo (1); e siccome ogni donazione per contemplazione di matrimonio intendosi fatta in favore de' figli e discendenti che da quel matrimonio nasceranno (2); così a conseguire l'intento della riversione basterebbe

(1) Art. 875.

(2) Art. 1038.

ehe una tal condizione fosse scritta in una donazione per contemplazione di matrimonio. A questo modo il patto, che i beni tornar dovessero a' rispettivi genitori nel caso che i figli morissero in qualunque

tempo senza legittimi discendenti, non solamente non si troverebbe in opposizione colle nuove leggi, ma sarebbe da queste letteralmente preveduto e consigliato.

Non incontra difficoltà, anche ravvisato come sostituzione compendiosa.

L'aspetto più sfavorevole nel quale vollero alcuni scrittori riguardare il patto, è quello di una sostituzione compendiosa, per la quale, se i figli non volessero o non potessero essere eredi de' genitori, o se essendo eredi fossero morti sia in pupillare età, sia in qualunque tempo senza testamento, fossero invitati a succedere gli eredi de' genitori (1). E qui ripetiamo che due sono state le opinioni del foro, una ricevuta, universale, conforme all'idea degl'inventori della cautela ed alla costante giurisprudenza del Sagro Consiglio, l'altra singolare, tratta dal detto di alcuni alleganti, i quali non pervennero giammai a farla prevalere. Gli autori della prima vollero qualificare il patto, come un diritto di ritorno; i sostenitori della seconda pretesero definirlo come un fedecommesso. Ora la questione ci permette l'ammettere qualunque delle due ipotesi: risguardiamolo dunque nell'aspetto più sfavorevole, e domandiamo quale sia questo fedecommesso, e sotto qual condizione potrebbe quello trovarsi ascosto? *se i figli morranno in qualunque tempo senza discendenti e senza testamento* (o sia senza aver disposto de' beni paterni) *ne facciano la restituzione agli eredi del padre*: s'impone a' figli il gravame di restituire se abbiano conservato: quindi non è dato loro il peso di conservare, ma solamente quello di restituire, se piacerà loro non avere un erede. È dunque un fedecommesso *de eo quod superest*. Tale fedecommesso è vietato? non potrebbe oggi scriversi senza offendere il divieto delle sostituzioni fedecommissarie?

Decidiamo le due proposte quistioni coll'autorità de' più ehiari interpreti della Francia, e cogli esempi delle cose qui-

vi giudicate. « Non è sostituzione, dice » Toullier, se io dia a Tizio, in caso che » sopravviva a nn mio figliuolo, che muo- » ia senza prole; poichè mio figlio non » è gravato di conservare per restituire. » Il testatore non gli ha neppure diret- » to il discorso, ed il gravame non si può » supplire. Sarebbe soltanto da dire, che » sia un legato condizionale di quello, » di cui il figliuolo ne avrà disposto, *si » quid supererit* (2).

Merlin ne'suoi ultimi supplimenti cita in sostegno di tal dottrina la decisione proferta nel 1816 dalla Corte di Bruxelles la quale ripeté la massima già stabilita da altre Corti della Francia, che la sostituzione *in id quod supererit* non contiene fedecommesso vietato dalle nuove leggi civili. *Semplicissima n'è la ragione*, continua egli a dire, *perchè in tal sostituzione ci è gravame di restituire, ma non gravame di conservare; laddove l'articolo 896 del Codice Civile stesso richiede il concorso dell'uno e dell'altro per potere aver luogo la proibizione ivi fatta di sostituire*: ed alquanto appresso: *per verità il diritto romano porge vari esempi di fedecommissi de eo quod supererit; ma questa specie di fedecommissi non è toccata dall'articolo 896. Ed indarno si obbietterebbe che le leggi delle Pandette attribuivano a tale specie di fedecommissi l'obbligazione di conservare al sostituto una quota di beni del testatore, che fosse stimata egua da arbitri, e che Giustiniano aveva con una delle sue novelle (la cxviii) stabilita al quarto; poichè si fatte regole puramente arbitrarie non erano sopravvissute al Codice Civile* (3). Ma cotesta dottrina, come l'abbiamo già detto, non è nè nuova nè singolare. Im-

(1) V. sopra a pag. 201 e seg.

(2) *Droit Civil Français T. V. pag. 10 inf. Paris 1821.*

(3) Merlin *Quest. de droit T. VI Ad. lit. substit. fidecomm. §. XIII. Paris 1820 pag. 756 e 757.*

perciocchè così aveva pure deciso la stessa Corte di Bruxelles nel 1809 (1), la Corte di Montpellier nel 1818 (2) e la Corte di Cassazione francese nel 1819 (3);

ed allo stesso modo hanno interpretato e spiegato l'articolo 896 tutti gli spositori del nuovo diritto francese (4).

*Il fedecommesso de eo quod superest in favore de' propri eredi,
è un diritto di riverzione.*

Ma nulla dimostra tanto l'error di coloro che hanno voluto dare al patto il carattere di fedecommesso, quanto la conseguenza che dallo stesso loro detto risulta. Che altro è il fedecommesso, fatto in favor de' propri eredi, di quello di cui il figlio non avrà disposto, se non un diritto di riverzione? La legge VII D. de rebus dubiis stabilisce un carattere certo per discernere dove sia o non sia fedecommesso: *plurimum enim interest utrum in potestate ejus, quem testator obligari cogitat, faciat, si velit dare, an post necessitatem dandi, solius distribuendi liberum arbitrium concedat*. Quindi Voet dà come una regola generale: *praemonendum est fideicommissum quidem dici non posse, quando in arbitrio ejus, quem testator obligare cogitat, relinquitur* (5). Che è dunque la disposizione per la quale si commette all'erede o al legatario il restituire l'avanzo a' propri eredi? è un diritto di restituzione retto dalla condizione *si quid supererit*? Tal è anche il concetto che ne formò il conte Merlin in una controversia simile alla nostra: « la donazione dell'usufrutto colla facoltà di alienare in favor degli eredi del donante importa un fedecommesso di ciò che non si alienerà dal donatario, ma fa anche più: in vece d'un fedecommesso al quale sarebbe chiamato il prossimo dei congiunti del donante, crea un diritto di ritorno che di sua natura de' essere esercitato dagli eredi dello stesso donante, cioè da quelli de' suoi congiunti che per virtù della legge avrà l'eredità dello stesso donante alla morte del donatario ». Ed in generale lo stesso giu-

reconsulto riduce ne' seguenti termini la differenza tra la sostituzione ed il ritorno: « il diritto di ritorno non si può assimilare ad una vera sostituzione quando è esercitato dallo stesso donante; sì che non è sostituzione, quando il diritto è esercitato dagli eredi, i quali non rappresentano insieme con lui se non la medesima persona (6) ». La cosa dunque torna allo stesso, comechè differiscano le formole colle quali si enuncii la medesima idea. O che si dica: *dò i miei beni ai figli che nasceranno colla condizione che tornino a me, se morranno senza figli e senza testamento*; o che si scriva: *grato ciascuno de' miei figli di restituire i beni de' quali non disporranno a' miei eredi*, questi due diversi modi di dire non contengono se non una disposizione dello stesso genere, la quale non era qualificata come fedecommesso dallo antiche leggi, e non contiene nulla di contrario alle nuove.

E qui gioverà valersi dell'argomento che somministra l'art. 875 delle presenti leggi civili ripetendo quello che si è accennato di sopra intorno alla sua applicazione. Questo articolo ha modificato l'art. 951 del codice francese, dappoichè permette stipulare la riverzione delle cose donate per se e suoi eredi; laddove per la primitiva disposizione delle leggi francesi non poteva stipularsi se non a beneficio del solo donante. Ora da tal novità deriva il seguente argomento.

Sotto le antiche leggi del Regno, il diritto di riverzione stipulato per se e per gli eredi non costituiva certamente un fedecommesso, perchè gli eredi non forma-

(1) Sirey T. X P. II. pag. 238.

(2) T. XX. P. I. pag. 79.

(3) *Ibid.*

(4) Grenier Des donat. et des testam. T. I. pag. 112.

Delvincourt Cours du Code Civil N. IV. au chap. VI. liv. III.

Toullier. l. cit.

(5) Voet Lib. XXXVI. Tit. I. ad S. C. Trebell. n. 29.

(6) Merlin Quest. de droit Art. condition de manouvrier §. IV.

Merlin Repert. art. dot § XVII.

vano una persona diversa dal donante ; quindi non poteva essere qualificato come fedecommissario. Molto meno ora la restituzione agli eredi potrebbe essere qualificata come fedecommissario, perocchè anche le leggi presenti la permettono. Ma da ciò sorge un argomento maggiore ed una conseguenza anche più importante della precedente.

Combinato insieme la disposizioni degli articoli 875 e 1038 delle nostre leggi civili , può il patto di Capuana e Nido , mutata solamente la forma del contrattare , essere anche al giorno d'oggi utilmente stipulato. Le donazioni per contemplazione di matrimonio s'intendono fatte direttamente a' discendenti anche di secondo grado , quando manchi il primo lasciando superstite il donante. Quindi non è dubbio che in una donazione per contemplazione di matrimonio possa un estraneo stipulare la reversione de' beni donati per se o pe' suoi eredi , se i figli morissero senza discendenti e in qualunque tempo. Neppure è dubbio che il marito e la moglie potessero lo stesso praticare l'uno verso dell'altro, o che un tal patto sarebbe operativo pe' figli d' un secondo matrimonio , che l'uno o l'altro potrebbero avere.

Difatti suppongasi Tizio , morto nel 1822, padre da un primo matrimonio di Gaio , da un secondo matrimonio di Lucio nato nel 1821. Che Gaio , donatario del padre per contemplazione di matrimonio muoia nel 1819 ; e Seio suo figliuolo , donatario surrogato in virtù dell'art. 1038 delle leggi civili muoia nel 1823.

Alla morte di Tizio sarebbero rimasi eredi di lui tanto Seio donatario surrogato al padre , che Lucio suo zio. Quindi alla morte di Seio nessuno oserebbe negare a Lucio la restituzione della metà dei beni , mentre per l'altra metà il diritto alla reversione rimarrebbe spento nella persona del donatario , erede per la metà del donante.

Poniamo che Seio , donatario surrogato , abbia all'eredità dell'avolo donante rinunciato: in tale ipotesi sarebbe stato erede il solo figlio Lucio , il quale avrebbe diritto ad esercitare per l'intero la reversione de' beni donati dal padre a Gaio e per esso a Seio.

Avverrebbe lo stesso per ogni altro caso , in cui il donatario principale o surrogato non fosse stato erede del donante. I

beni donati tutti ritornerebbero agli eredi di costui.

La differenza tra la reversione stipulata oggidì , e quella contenuta nel patto di Capuana e Nido , consiste unicamente in ciò , che secondo un tal patto si uguagliava il caso dell'adita a quello della non adita eredità de' donanti.

È dunque assurdo il negare gli effetti d' un patto stipulato sotto le antiche leggi , allorchè per un fatto equivalente può farsi lo stesso sotto le leggi nuove.

Da ultimo si vuol notare per meglio dichiarar l' indole del patto , che sa ai tempi di Napodano fu necessario ricorrere alla rinunzia de' genitori , la ragione fu , perchè era questo il mezzo adoperato dalla dottrina di quell'età per ispolgarsi d' un diritto futuro. Ma cotesto mezzo diviene superfluo tostochè in una donazione per contemplazione di matrimonio si determinino i beni che tornar debbano al donante o agli eredi suoi nel caso in cui si verifichi la condizione della morte de' figli senza discendenti a senza testamento.

Per la qual cosa , *nisi quid tu doces Trebatii dissentis*, chi voglia da oggi innanzi servare i beni alla propria famiglia senza incorrere nella censura de' nuovi maestri del diritto , scriva (dice il nuovo Napodano) in una donazione per contemplazione di matrimonio , o la condizione che i beni donati tornar debbano a se o agli eredi suoi nel caso in cui i figli morissero senza discendenti a senza testamento ; o gravi i figli di restituire agli eredi medesimi quei beni de' quali non avranno disposto: lasci discettare i curiosi se questa disposizione contenga un diritto di reversione o un fedecommissario *de eo quod superest* , ma non sia sollecito del risultamento di tal discettazione: la nuove leggi rispetteranno la sua volontà , comunque venga definita.

Che se non solamente si volesse invalidar un patto legittimamente convenuto ma distruggere quello che le stesse leggi nuove permettono , non basterebbe dare a queste un effetto retroattivo , ma bisognerebbe negare ancora la massima *nil lege sapientius* , perocchè converrebbe crederle contraddittorio , vogliose di mutare i nomi più che le cose , o intente a distruggere il presente senza giovamento dell' avvenire.

CONSULTAZIONE (VII.)

Sulla quistione se la donazione causa mortis fatta sotto l'impero delle antiche leggi sia rievocata da un testamento scritto sotto le leggi nuove con clausola derogatoria.

Era ancora in vigore l'antica legislazione quando la liberalità di un gentiluomo di questo nostro paese si determinò a favore di alcuni suoi nipoti, facendo loro donazione *causa mortis*; la quale, era detto, dovesse trasferire in loro pieno dominio possesso e percezione i beni donati tostochè fosse avvenuta la morte del donante. Durante la vita di costui avvenne il mutamento delle leggi e la pubblicazione del codice civile, onde faceva mestieri dare novella forma a quella disposizione, che non avrebbe più partorito alcun effetto sotto quella che già aveva; ma il donante volle insieme colla forma modificare ancora il contenuto del primo atto. E però scriveva un testamento mistico, nel quale diceva di volere annullare qualsivoglia disposizione avesse fin allora fatta, e dichiarava fosse quella la sua ultima volontà da doversi eseguire dopo la sua morte senza alcuna benchè minima alterazione o modifica. E prima di discendere alle particolari disposizioni dichiarava pure di non aver nè ascendenti nè discendenti e quindi di potere a suo talento disporre della intera sua eredità. Con questa volontà viene a morte il testatore, e i nipoti a quali sarebbe meglio piaciuto di accumulare il vantaggio, che sarebbe loro ricascato per la qualità di eredi, con l'altro maggiore già dal primo atto stabilito, si sono ingegnati in varie guise di far rivivere la donazione *causa mortis* scritta precedentemente in lor favore.

Lasciamo dall'un de' lati tutte le ragioni onde si vuol provare tuttavia valevole la prima disposizione, dimostrando l'altra nulla, giacchè riguardando esse, unicamente le specialità del fatto in quistione, sono affatto straniere al subbiet-

to. E però avendo come aperta la successione testata, sarà agevole cosa il dimostrare che non possano i donatari conservare un diritto fondato nella donazione che il testamento posteriore ha rievocato.

Cotesto argomento presuppone la dimostrazione di due proposizioni: la prima si è che la donazione antica fu *causa mortis* e non irrevocabile tra vivi, come vorrebbero erroneamente farla credere: la seconda che ogni donazione *causa mortis* è rievocabile per un testamento posteriore, specialmente quando il testamento vestito della clausola derogatoria è scritto sotto l'impero delle presenti leggi civili.

Quanto alla prima proposizione. Il principal carattere della donazione *causa mortis* è che il donante preferisca se stesso al donatario, e il donatario a colui che sarebbe suo erede: *et in summa mortis causa donatio est cum magis si quis velit habere quam eum cui donat: magisque eum cui donat quam heredem suum*; sic et apud Homerum Telemachus donat Piræo (1). Un tal carattere è scritto anche in molti altri luoghi del diritto ne quali vengono proposte quistioni d'interpretazione della volontà del donante. Nella legge 13 D. de manumissionibus la donazione *causa mortis* è definita: *quemadmodum eum rem ita tradiderit, ut moriente eo feret accipientis*. E nella legge 11 Seja D. do dot. praeleg.: *videri cum in eum casum, qui morte mulieris exstiterit, mortis causa stipulatum* (2).

La quistione se la donazione differita al tempo della morte debba dirsi *inter vivos* ovvero *causa mortis*, appartiene al caso in cui possa dubitarsi se il tempo della morte tenga luogo di dilazione, ovvero di condizione; ed in tal caso la soluzione della difficoltà vuolsi ripetere dal-

(1) *Instit. Justin. l. 2. 4. VII.*

(2) *V. la glossa alle parole in eum casum.*

le stesse regole per le quali si discerne se un legato sia puro o condizionale, o se un legato sia scritto sotto condizione o sotto semplice differimento di tempo. La legge *ex his verbis l. quando dies legati vel fideicommiss. cedit* ne dà la norma: *do, lego Aeliae Severinae filiae meae, et Secundae decem: quae legata accipere debebunt quum ad legitimum statum pervenerint*: Risponde l'Imperatore Alessandro. *Non conditio fideicommissio vel legato inserta, sed petitio in tempus legitimae actatis dilata videtur.*

Ma una tal quistione non può farsi quando lo stesso donante ha qualificato l'atto per donazione *causa mortis*, ed insieme col tempo in cui la donazione debba avere il suo effetto, ha spiegato da qual punto i donatari debbano avere il dominio della cosa donata. Or se questo dominio rimase presso del donante insino al tempo della morte; è manifesto che un tale avvenimento formò condizione dell'atto e non già semplice dilazione.

Molto meno potrebbe trarsi argomento dalla formola *da ora per allora* adoperata comunemente in tali atti, dappoichè questa clausola riguarda il tempo futuro ed è subordinata alla condizione della morte: *clausola vero constituti ex nunc pro tunc certum est non operari retrotractionem domini, quando actus est sub conditione conceptus, quia tanquam accessoria ad contractum assumit ejus naturam et qualitates puta si in clausulis translativis domini quis se constituat possidere nomine et pro parte donatarii, ab illo die quo actus geritur ex nunc pro tunc, ut punctualiter consideraverit domini de rota. Sed quando clausola ex nunc pro tunc est apposta in actu donantis ut puta quando donator dicit: dono sequuta morte et nunc pro tunc, tali casu habent locum omnia praedicta, quod videlicet non fit retrotra-*

ctio in praepjudicium tertii qui medio tempore contraxit, ut expresse firmare videntur etc. (1).

E circa la seconda proposizione. Non si può rievocare in dubbio che le donazioni *causa mortis* furono per la *l. ult. Cod. de donat. causa mortis* interamente uguagliate ad ogni altra specie di ultima volontà: *omnes effectus sortiantur quos ultimae habent liberalitates: neque ex quacumque parte absimilis (cis) intelligatur.* Per la qual cosa della capacità di disporre per donazione *causa mortis* si giudicava giusta l'antico diritto co' principii comuni alla capacità di disporre per testamento, e l'un modo di disporre si risolveva nell'altro secondochè meglio convenisse per la csecuzione dello volontà de' defunti. Conseguenza di tali osservazioni è che il testamento posteriore avrebbe giusta le regole dell'antico diritto rievocato la donazione *causa mortis* fatta precedentemente, quando anche non fosse stato il testamento vestito della clausola derogatoria. Ma la sopravvenienza delle nuove leggi durante la vita del donatore, o aveva annullata la donazione *causa mortis* o per lo meno l'aveva conservata rievocabile, quale era per le leggi del tempo in cui fu scritta. L'aveva annullata se considerandosi la donazione *causa mortis* come uno de' modi di disporre ammesso dallo leggi antiche, e sconosciuto dalle nuove si abbia come distrutto per ministero del diritto, e per la presunta volontà dello stesso donante. Ma, per lo meno, non potendo le leggi nuove aggiugnere a questo atto una forza che non aveva per le antiche, bisogna dire che lo abbiano lasciato rievocabile quale prima era, ed in effetti fu rievocato per virtù della clausola derogatoria, la quale se avrebbe annullato un testamento precedente doè tanto maggiormente avere distrutto una donazione *causa mortis*.

(1) Marii Cutelli de donat. tract. pr. disc. 3 part. 6 n. 21 et seq.

Marta de clausulis par. 1. claus. 20.

DISSERTAZIONE VIII.

IN QUALI CASI POSSA DOMANDARSI LA RIDUZIONE DEL REGIO ASSENSO
AD JUS ET IUSTITIAM.

I.

Dell' assenso in generale.

L' assenso regio è l'approvazione che l'Autorità Sovrana manifesta per mezzo de' suoi organi immediati, quando ne venga richiesto da chi ha interesse di ottenerlo. Tale approvazione o beneplacito, che si voglia dire, parte dal legislatore ad occasione di qualche atto privato, allorchè il richiedente sia nelle condizioni medesime che la legge dichiara necessarie al compimento di quell'atto o ad ottenere quel privilegio che si domanda; dopo essersi esaminato se l'esercizio di quel diritto non dovesse pel vantaggio della parte richiedente offendere o pregiudicare in menoma parte l'interesse generale e le leggi in vigore. Un corpo morale, per esempio, eui fosse devoluta una eredità, non potrebbe acquistarla se prima non gli venisse sovraneamente conceduto di recare ad atto la sua capacità; nè vien fatta tal concessione prima di conoscersi se sia o pur no da altra causa impedita. Un' associazione qualunque non potrebbe avere esistenza legale quando non vi fosse dal Principe abilitata. La dichiarazione di laicalità di un beneficio non potrebbe essere pronunziata senza l'assenso regio. La istituzione di un maiorasco non potrebbe avvenire se non quando l'istitutore abbia, mediante l'assenso, ottenuto un tal privilegio. Ne' quali esempi, o negli altri ancora che potrebbero noverare, è natural cosa vedervi intervenire l'Autorità Sovrana qual tutrice di tutta quanta la società che governa, dappoichè non avendo altro potere a se eguale che la supplica, ogni altra speciale giurisdizione sarebbe disadatta a dar providenze nell'interesse

generale di tutti. Ella è dunque che richiesta del suo assenso lo concede per mezzo di un rescritto.

Cotesto assenso del Principe, o si riguardi l' Augusta Persona dalla quale parte, o si consideri il fino cui è diretto, non può non essere se non un vincolo di legalità e di buona fede. Quel che la legge vieta o riprova non potrebbe essere certamente sanato o confermato dall' assenso. Nè questo assenso potrebbe avere un effetto legale, se quel che si è esposto al Principe come vero talo non fosse. Da questi principi nascono due generali ed ovvie conclusioni di diritto; l' assenso è un atto di legalità accessorio, il quale segue la natura del principale; l' assenso presuppone sempre la verità delle preci, collo quali è stato impetrato. Basti per la prima l'autorità del reggente de Ponte; *Assensus non actus de per se stans, sed est confirmatio contractus rei feudalís, et non dato confirmabili, quod est contractus, non habet ubi figat pedes ut eleganter docuit Baldus in lege falsus 2. colum. C. de furtis* (1).

E quanto alla seconda, ella nasce da espresse condizioni, sotto le quali la legge ordina che si eseguano i rescritti e qualunque altro atto concesso dal Sovrano sopra precii d'olte parti supplicanti. L'imperatore Giustiniano formò nel codice *repetitae praelectionis* un titolo apposito alle regie concessioni impetrate sopra false preci. Ivi una legge degl' Imperatori Costanzo e Massimino dichiara: *praescriptione (id est exceptione) mendaciorum apposita sive in juris narratione*

(1) De Ponte de Potest. Proregis pag. 351 n. 7.

mendacium reperiatur, sive in facti, sive in tacendi fraude, pro tenore veritatis non depraeantis affirmatione datum, iudicem cognoscere debere, et secundum hoc de causa convenit ferre sententiam (1). E gl' imperadori Teodosio o Valentiniano: *Et si legibus consentaneum sacrum oraculum mendaz praecator attulerit, careat penitus impetratis: et si nimia mentientis inveniat improbitas, etiam severitati subiaceat judicandi* (2). Gli stessi imperadori coerenti a questa legge in altro luogo statuirono: *rescripta contra ius elicta ab omnibus iudicibus refutari praecipimus, nisi forte sit aliquid quod laedat alium et prosit petenti, vel crimen supplicanti indulget* (3).

Ed in fine l'imperador Zenone nel titolo *de diversis rescriptis et pragmatibus sanctionibus*: *Universa rescripta sive in personam praecautum, sive ad quemlibet iudicem manaverit, quae vel adnotatio vel quacvis pragmatice sanctionis nominantur, sub ea conditione proferri praecipimus, si praees veritati nitantur. Nec aliquem fructum praecator oraculi percipiat impetrati, licet in iudicio adserat veritatem nisi quaestio fidei praecum imperialis beneficio monstretur inserta. Nam et vir magnificus questor, et viri spectabiles magistri scriniorum, qui sine praefata adiectione quaecumque divinum responsum dictaverint: et iudices qui susceperint, reprehensionem subibunt. Et qui illicito dictata scribere ausi fuerint, cuiuscumque scrinii memoriales, seu pragmaticarii, vel adjuutores, primicerii, amissione circuli feriantur.*

Due sono dunque le condizioni sotto le quali il sovrano concede il suo beneplacito agli atti de' privati: l'una è *si praees veritati nitantur*: l'altra, *dummodo alium non laedat*.

Queste due condizioni sarebbero del tutto illusorie se non fosse debito del magistrato di verificarle; e però a voler che sieno efficaci, si dee ravvisare in esse implicito un tal obbligo. Anzi è qui il luo-

go di osservare essere il giudice ordinario sempre competente a conoscere di tal causa. D'altri vediamo da' bei luoghi del diritto romano poc' anzi citati risultar manifesta questa verità, che il giudice innanzi al quale si presenta il regio indulto debba necessariamente conoscere delle condizioni sotto le quali l'atto sovrano è stato concesso. Se ciò non fosse espresso sarebbe sottinteso, dappoichè il giudice dell'azione è sempre giudice dell'eccezione, e progressivamente delle replicazioni; sarebbe altresì sottinteso per la forza stessa della condizione, la quale non può essere separata dall'atto. Altrimenti facendo il giudice renderebbe puro l'atto condizionale, o sia aggiungerebbe per proprio fatto una cosa, che non è stata nella volontà del concedente.

Ma non è necessario ricavar per induzione una tal verità, essendochè le leggi stesse degl'imperadori sottopongono ad una pena sovera i giudici, i quali si facessero scrupolo di esaminare le condizioni dell'assenso e d'ogni rescripto. E per verità non si chiamerebbe abbondare di rispetto, ma sarebbe offendere la maestà e la purità del trono se per un momento solo si dubitasse, che dal soglio della sapienza e della giustizia, partir potesse un voto contrario alla verità, o un privilegio che offenda il diritto del terzo.

L'imperador Costantino stabilì una pena al giudice che si rifiutasse di esaminare la verità delle preci: *puniri iubemus decem librarum auri multa iudices qui vetuerint praecum argui falsitatem* (4). E lo stesso imperadore acciocchè non rimanesse dubbio intorno alla competenza del giudice, dichiarò essere questo un debito del giudice di esecuzione, comechè fosse stato incompetente per la cognizione della causa: *Et si non cognitio, sed executio mandatus de veritate praecum inquiri oportet, ut si fraus intervenerit, de omni negotio cognoscatur* (5). Ora essendo il giudice di mera esecuzione obbligato

(1) L. 2. *C. si contra ius, vel utilitatem publicam, vel per mendacium fuerit aliquid postulatum vel impetratum.*

(2) L. 3. Cod.

(3) L. 7. Cod. de praecibus imper. offer.

et de quib. reb. supplicari liceat vel non.

(4) L. 3. *C. si praecum falsitas arguatur.*

(5) L. 4. *C. de eo cui executio mandatus.*

di esaminare se vero sia l'esposto e se la grazia leda o non leda il terzo, non si potrebbe a più buon diritto sciogliere da

tale obbligazione il giudice di cognizione, innanzi al quale il terzo venga a sperimentare i suoi diritti.

II.

Degli assensi della Real Camera di S. Chiara.

Primachè, colle politiche vicende, fosse nel nostro regno avvenuto il gran mutamento, in tutto l'ordinamento civile dello Stato, erano diversamente le giurisdizioni disposte da quello in che al presente le veggiamo. E per toccar soltanto di quella parte che ora ci fa al bisogno, ricordisi che tra gli altri magistrati destinati all'amministrazione della giustizia era la Real Camera di S. Chiara, tribunale supremo istituito da Re Carlo Borbone, al quale piacque trasfondervi tutti i poteri del Consiglio Collaterale abolito. Principale ufficio della Real Camera era consigliare il Re negli affari principali di giustizia ed ecclesiastici, o giudicar di quelle materie che più dappresso riguardavano l'ordine pubblico, ed in specialità quelle ecclesiastiche che venivano laicamente trattate; e quelle ancora che abbisognavano della intervento Sovrana. Questo magistrato, siccome per innanzi si è detto, essendo al Regio Collateral Consiglio succeduto, oltre ad essere principalmente un Corpo consultivo, e deliberativo ancora in certe materie, partecipava altresì, come il suo antecessore, al potere legislativo, dividendo in parte col Principe le cure dello Stato. Una tal mistura, solita ad avvenire quando non è per ancora compiuta l'analisi de' poteri sociali, verificavasi semprechè la Real Camera trattava di quelle materie che o per la polizia del tempo o per loro stessa natura avevan bisogno, come dicevamo di sopra, della intervento Sovrana.

Tra i vari casi di questa specie: vuolsi annoverare la facoltà di dare l'assenso a quegli atti, a' quali farebbe mestieri dell'autorità del Principe per conferire quel dato diritto, che rimarrebbe diversamente senza esercizio. E questa facoltà veniva dal detto tribunale esercitata per quella delegazione, che o espressamente o almeno tacitamente si presume fatta ogni qual volta vediamo da un corpo qualunque dello stato esercitar facoltà, che ad

un potere superiore, e fino al supremo, sarebbersi appartenute.

Gli assensi dunque della Real Camera di Santa Chiara vanno considerati non già come atti giurisdizionali, che quel consesso avesse esercitato di propria autorità, più o meno estesa ne' vari corpi dello Stato, ma piuttosto sono da riguardare quali atti sovrani, ne' quali punto non iscemava quella suprema autorità di che han mestieri; dappoichè se non eran compresi nella ordinaria giurisdizione di un poter secondario, ma eran conseguenza di uno straordinario poter delegato, il Principe ben poteva per mezzo di tal delegazione dar loro tanta forza quanta ne avrebbero avuta se gli avesse egli direttamente emanati. Pronunziati in nome del Re tali atti, erano equiparati interamente a' rescritti ed a' privilegi sovrani; di tal che la parte che aveva interposto la preghiera non era diversamente autorizzata dall'assenso della Real Camera di Santa Chiara, nè gli veniva da questo meno efficacemente impartita la grazia chiesta, di quello che sarebbe addivenuto ove direttamente l'avesse ricevuta dal Sovrano.

Ma se l'assenso regio adagiassi sopra certe basi, le quali ove mai vengano meno, si presume che il Sovrano o rinvochi o modifichi la grazia impartita; il similgiante doveva intervenire agli altri assensi, al primo interamente equiparati. Laonde semprechè questi peccavano di alcuno di quei vizi, pe' quali i rescritti perdevano lor vigore, come la falsità delle preci, il danno del terzo e via discorrendo; diventavano di necessità ancor essi rinvocabili. Cotesta rinvocazione dalle cose dette si desume essere subordinata alla sorte di quelle condizioni, sotto le quali s'intende concesso il privilegio, ed in tal cognizione si è pur veduto esser competente il giudice ordinario, il quale per la natura stessa delle cose è chiamato a conoscere di tal causa. Nondimeno

al tempo in che la Real Camera esercitava per delegazione la giurisdizione di concedere gli assensi, non era conferita di diritto al giudice ordinario la facoltà di farsi a giudicar dell'adempimento delle condizioni implicitamente al privilegio apposte, ma faceva mestieri che quel tribunale supremo avesse a ciò specialmente autorizzato il giudice inferiore, laddove si fosse quistionato intorno alle conseguenze dell'atto consentito. A questo modo ridotto l'assenso ne' suoi giusti limiti, la Real Camera commetteva l'affare

alla conoscenza del giudice ordinario; la qual cosa dicevasi ridurre l'assenso *ad jus et justitiam*, e compievasi per mezzo di certa formula rituale così espressa: *reducto regio assensu ad jus et justitiam, S. R. C. vel M. C. Vicariae de justitia providat.*

Cotesta formola dunque non rinvocava assolutamente l'atto sovrano, ma rimetteva alla cognizione del giudice l'esaminare se potesse stare senza pregiudizio del terzo, e se avesse tutti i requisiti, che il Sovrano stesso presuppone ne' suoi rescritti.

III.

Riduzione *ad jus et justitiam* dell'assenso della Real Camera sotto le leggi nuove.

Sin quà si è detto delle antiche leggi, ed in ispezialtà di quelle che provvedevano alla concession dell'assenso, che forma l'argomento del presente lavoro. Ma un tal sistema ebbe a mutarsi al venir de' nuovi codici, i quali riformando le civili istituzioni precedentemente esistenti, modificarono ancora l'ordine delle giurisdizioni. Nel che vultesi notare essere stato scopo essenziale della novella legislazione di segnare precisamente i limiti di quello, affinchè sceverandolo l'una dall'altra o del tutto sgravandone il supremo potere si potesse agevolmente conseguir la sicurezza del diritto con quella stabilità che è propria di ogni nazione bene incivilita. Per tal mutamento l'autorità Sovrana si è disopagliata affatto del carico di eseguir le leggi, commesso al potere perciò detto esecutivo, e quasi interamente ancora della facoltà di applicarle, affidata a' vari ordini di magistratura. E per l'opposito ha voluto con saggio discernimento rivestirsi esclusivamente di tutto quanto il potere legislativo, del Supremo tra tutti i poteri, come quello che viene esercitato per le generalità ed avuto riguardo ai bisogni di tutta una nazione, e da cui ogni giurisdizione procede, onde non comporta che sia con altri diviso. Per la qual cosa non essendo più nell'ordine novello un' autorità, che esercitasse per delegazione una parte degli atti sovrani, ed essendo questi rientrati tutti nella fonte unica del potere; era necessità provvedere al caso che un atto emanato da quel

poter delegato che più non esisteva sortisse il suo effetto o partorisce conseguenze sotto l'impero delle leggi nuove, quando cioè era ogni altro magistrato disadatto a regolarne l'applicazione. Tanto avveniva nel caso in cui dovevasi ridurre *ad jus et justitiam* dichiarazioni di laicalità di benefici emesse dalla Real Camera di Santa Chiara; riduzione che si è mostrato farsi altra volta dallo stesso tribunale che aveva da prima pronunziato.

Laonde nacque nel 1822 il dubbio chi dovesse pronunziare su tal riduzione, e S. M. rispondendo a tal quistione con rescritto de' 18 dicembre di quell'anno dichiarò che, quando se ne desse il caso, avrebbe la stessa M. S. per l'organo dei rispettivi Ministeri fatta la chiesta riduzione *ad jus et justitiam*, permettendo a' tribunali competenti di esaminar liberamente il fondo della quistione, rimosso ogni pregiudizio del terzo. Del quale utilissimo provvedimento gioverà riferire le parole originali per ben determinare il caso che lo produsse, onde si possa dedurre la medesima conseguenza negli altri casi a questo similianti.

« Sono state rassegnate a S. M. talune suppliche a nome d'individui, i quali assumendo di essere state pregiudicate le proprie prerogative nel padronato di alcuni benefici colla dichiarazione della loro qualità laicale emessa dall'abolita Real Camera di Santa Chiara hanno implorato i Sovrani provvedimenti perchè sia ad essi permesso di sperimentare i loro

diritti in linea di giustizia innanzi a quella autorità che verrà da S. M. destinata ».

« S. M. avendo preso in considerazione i principi così dell'antica che dell'attuale polizia giudiziaria per ciò che all'ordine ed alla competenza delle giurisdizioni ha particolarmente rapporto, ed udito il parere del Consiglio ordinario di stato, io data de' 25 del caduto novembre in Verona, si è degnata risolvere ed ordinare che la revisione delle decretazioni dell'abolita Real Camera di Santa Chiara debba accordarsi da S. M. in vista de' diritti permanenti delle parti e del pregiudizio

che i diritti medesimi ne abbiano sofferto, con commettersi dalla M. S. a quello stesso Tribunale, nel quale la dichiarazione della Real Camera si oppone, intendendosi la medesima ridotta a oreme della giustizia e del diritto ».

Il ceunato rescritto dunque viene in soccorso di quelli che avendo sofferto pregiudizio non sono più garantiti dalla riduzione del tribunale della Real Camera abolito; esso non fa che stabilire una forma per le quistioni transitorie degli atti che ebbero lor cominciamento sotto le antiche leggi e debbono avere il compimento sotto l'impero delle nuove.

IV.

Degli assensi emanati dal Potere Sovrano.

La forma transitoria che si è di sopra mostrato essere stata stabilita per la riduzione degli assensi della Real Camera di Santa Chiara potrebbe ora essere applicata agli atti stessi che esercita direttamente ed immediatamente il Sovrano Potere? In altri termini; sarà per questi ultimi atti stimata tanto necessaria la riduzione a norma della giustizia e del diritto, quanto fu reputata necessaria per le dichiarazioni della Real Camera, di tal che lo stesso potere dal quale emanarono debba ora dichiarare gli effetti?

Il rimedio apportato dall'Autorità Sovrana per ovviare agl'inconvenienti che avrebbe l'abolizione della Real Camera partorito, laddove non si fosse altrimenti provveduto alla riduzione dell'assenso, veniva da noi detto transitorio appunto perchè riguarda dubbi, figli del passaggio da uno ad un altro sistema tra loro differenti.

Ma ciò importa che cessato il bisogno del nuovo sistema ne cessi anche l'uso; e però quando l'assenso vien concesso per mezzo di un rescritto del quale si conoscono i caratteri che lo distinguono e le condizioni colle quali si presume fatto, non dubbio che debbe svanire la riduzione di cui è parole.

Non v'ha dubbio che una pratica viziosa, tenace siccome è solito intervenire delle antiche cose, ha cercato di assimilare gli atti del poter delegato agli atti immediati e diretti del Regio Potere. Ma

cotesta pratica de' essere condannata come irregolare ed irriverente. Irregolare, perchè il Re ha nelle leggi comuni stabilito la forza che aver debbono i suoi rescritti; perchè ogni magistrato conosce che qualunque privilegio concesso ad una persona non può offendere il diritto del terzo; perchè questi privilegi sono per se stessi nulli quando sono ottenuti sopra fatti falsi, o sopra malizioso reticenze. Irriverente, perchè si obbligherebbe il potere Sovrano, il più puro di tutti i poteri, quasi a contraddirsi, e ad affermare negare o modificare la sua volontà a seconda dell'interesse delle parti.

Le leggi e i decreti reali, siccome riguardar sogliono l'interesse generale, non cadono sotto l'esame de' giudici, ma sono la regola alla quale debbono conformare il giudizio di costoro nella risoluzione de' casi che quelle contemplano. Così ancora ogni spiegazione che ne dichiara il senso è un atto legislativo, che partisce dalla sapienza del Sovrano al pari della legge. Che se riguardano l'interesse di un solo, entrano nella classe de' rescritti, ed allora il magistrato è chiamato a regolarne gli effetti. Quindi io tutti i casi gli atti che il potere Sovrano esercita preesistentemente e nello attuale ordine giudiziario, stabilito colle leggi organiche del 1826, non possono per ragioni contrarie essere soggetti alla iogiuriosa formula della riduzione dell'assenso *ad ius et iustitiam*.

Cotesta nostra opinione, lasciando dal-

l'un canto ogni altro ragionamento, è sostenuta ancora da un sovrano rescritto de' 18 ottobre 1826 di risposta al dubbio che la G. C. Civile di Napoli manifestò, se cioè in una causa riguardante lo spartimento de' diritti di un terzo su' beni sottoposti ad un maiorasco, fornito dell'approvazione sovrana, fosse stata nel giudizio pur uccessaria la sovrana autorizzazione per l'applicazione del rescritto dei 18 dicembre 1822. E fu sovraneamente risoluto non esservi luogo a sovrana determinazione, appartenendo la dedotta azione alle attribuzioni dell'autorità giudiziaria.

Riportiamo anche qui, come di sopra, il testo della sovrana risoluzione.

« S. M. ha considerato che il Sovrano Rescritto de' 18 dicembre 1822 invocato dalla G. Corte Civile riguarda il caso della riduzione *ad ius et justitiam* delle dichiarazioni per laicità di benefici emesse dalla già Real Camera di S. Chiara; che i giudizi, ne quali questo Rescritto è stato applicato versava sopra assenti Regispediti per la medesima Real Camera di S. Chiara; che l'autorizzazione Sovrana per la istituzione di un maiorasco nulla ha di comune co' mentovati assenti Regi: Che per effetto di questa autorizzazione niun pregiudizio è arrecato a' diritti altrui competenti sulla pertinenza dei fondi soggetti al maiorasco: Che nella specie la quistione riguarda gli effetti legali che dalla istituzione del maiorasco derivano. E che l'esame di questi effetti deve dal magistrato istituirsi ne' termini e nel modo dalle leggi prescritto. Per queste considerazioni S. M. nel Consiglio ordinario di stato del giorno 11 di questo mese ha risoluto che non vi sia luogo a Sovrana determinazione, appartenendo la dedotta azione alle attribuzioni dell'autorità giudiziaria ».

Dalle cose fin qui dette e dal rescritto riportato si vuol desumere che sarebbe

vano volere aggiungere altre ragioni per rafforzare la nostra opinione, e che non fossero di già comprese nella sapiente risoluzione del legislatore. Difatti si è veduto sanzionar da lui stesso la massima che la sua autorizzazione non toglie al giudice competente di giudicar degli effetti.

Riassumendo dunque l'argomento, diciamo che: Da prima l'assenso è stato concesso da un tribunale superiore in forza di un poter delegato. Come eccezione al diritto comune, ogni qual volta si sospettava non vi fosse pregiudizio del terzo, era la stessa autorità delegata chiamata a designare il magistrato che dovesse giudicarne.

Cessato un tal potere, quando erasi al caso di riduzione a norma della giustizia delle dichiarazioni della Real Camera, siccome trattavasi di regolar gli effetti di una straordinaria giurisdizione, il Sovrano stesso si faceva a pronunciare una tal riduzione commettendo l'affare al giudice competente.

Non si potrebbe ora per induzione da un caso all'altro chiedere tal riduzione dal Sovrano per gli atti ancora che sono da lui emanati. Non si potrebbe senza error logico, essendo diversi gli antecedenti della proposizione; trattasi una volta di un atto emanato da un magistrato che esercita per delegazione una straordinaria giurisdizione, ed altra volta di un atto che il Sovrano esercita in conseguenza del suo assoluto potere. Non si potrebbe senza error legale, perocchè essenzialmente diversi sono i caratteri dell'uno e dell'altro potere; nè si dirà mai che un atto Sovrano sol perchè è interposto a favore di una sola parte richiedente non s'intenda pronunciato nello interesse di tutti, in guisa che faccia d'uopo al giudice ordinario di essere specialmente autorizzato per rimuovere il pregiudizio del terzo.

FINE DELLA PRIMA PARTE.

DISSERTAZIONI LEGALI

DEL B. WINSPEARE

PARTE II. — DIRITTO CIVILE ANTICO E MODERNO.

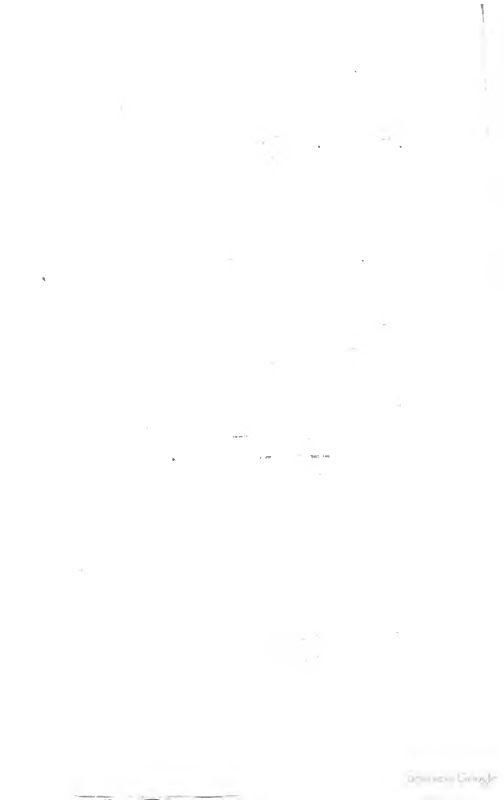


NAPOLI

DAI TIPI DI GENNARO AGRELLI

PRESSO SAVERIO STARITA STRADA TOLEDO N.º 392.

1850.



DISSERTAZIONE I.^a

DELLE RINUNZIE TRANSLATIVE ED ESTINTIVE.

I.

Caratteri della rinunzia estintiva.

L'esperienza ha dimostrato come nella materia delle rinunzie, forse più che in ogni altra del diritto, sia facile cader nell'errore; dal perchè non si ha riguardo alle differenze che contrassegnano le varie specie in cui questo stesso atto de' essere distintamente considerato, e ragionandosi di alcuna di esse lo si attribuiscono gli effetti di un'altra, quantunque dalla prima essenzialmente diversa. Costo disordine nelle idee, dal quale procede ogni conseguenza difettosa o erronea di ragionamento, svanirebbe di certo, laddove si stabilissero innanzi tratto le nozioni giuste ed esatte sulla materia, e da queste con metodo e con ordine si venisse man mano all'analisi delle sue parti ed alla giusta applicazione de' principi, onde ciascuna di esse vien regolata. Laonde sarà pregio dell'opera esporre i caratteri costitutivi delle varie rinunzie ed in che le une differiscano dalle altre, affinchè sia manifesto l'errore di chi volesse ragionar per induzione da una specie all'altra, quando da diverse ragioni non possono assolutamente derivare le medesime conseguenze.

Le rinunzie vanno distinte principalmente in *traslative* ed *estintive*, dette ancora *personali* e *reali* secondochè sono fatte o a riguardo di certe persone, o assolutamente della cosa, sulla quale dovevasi esercitare il diritto rinunziato. La rinunzia *traslativa* si verifica quando alcuno si spogli di un diritto presente o

futuro in favor di colui al quale lo rinunzia; tale sarebbe quella che la figliuola faceva in favor del padre, o de' fratelli o di qualunque altro congiunto. *Estintiva* per contrario diceasi quella rinunzia per la quale taluno toglie se di mezza non in riguardo di tale o tale altra persona e nel favore di costei soltanto, ma assolutamente e per un perpetuo rifiuto della cosa: tra queste è da annoverare la rinunzia delle claustrali.

Se qua si fermasse la partizione, sarebbe più facile il discernere le rinunzie traslative dalle estintive, e quindi sceverandosi le proprietà delle une e delle altre, ben raro ancora addiverrebbe di potersi scambiare gli effetti. Ma una classe media di rinunzie dette *miste*, o con vocabolo scolastico *secundum quid* ha fatto sovente confondere i caratteri delle due specie principali, o per meglio dire ha somministrato larga materia di disettazione.

Le rinunzie miste sono quelle che contengono una parte delle une e delle altre, come per esempio quella che si facesse alla eredità o a' beni d'una determinata persona in favore di un terzo o di qualunque de' suoi eredi in perpetuo; ovvero la rinunzia a qualunque eredità o diritto futuro in favore di certe e determinate persone. Degli esempi di tali rinunzie miste, cioè reali per l'intera esclusione del diritto, ma personali pel favore di certe o determinate persone sono pieni i libri del

loro. *Non contradicit*, nota Marciano nell'ottava delle sue disputazioni n. 19, *esse realem ut clausulae indicant, sed respectu certarum personarum quarum contemplatione fuit concepta ut optime post alios considerat consiliarius Theodorus etc.* Ed il cardinal de Luca: *quod indubitanter procedit, etiam si refutationis verba sint directa in rem. Nam hoc non obstante, si facta est contemplatione certarum personarum, dicitur personalis, quamvis adjectae sint clausulae generales amplissimae rinunciando omni iuri, quod refutans habet vel habere sperat* (1).

Del rimanenti il distinguere se le rinunzie sieno personali di rincontro all'uno e reali dirimpetto all'altro, ed il ricavar la volontà de' rinunzianti dalla varietà delle parole o clausole colle quali è stata quella manifestata, forma la parte conghietturale della materia. Nondimeno questa incertezza è nel fatto e non nel diritto nè toglie le qualità caratteristiche dell'una e dell'altra specie, che sieno quelle appunto che bisogna aver presenti alla mente per risolvere nettamente le questioni che insorgono su tal preposito. Riunendole dunque insieme per maggior chiarezza fa d'uopo osservare che le qualità caratteristiche della rinunzia estintiva sono:

1. Quella già per l'innanzi notata, e più delle altre essenziale all'atto, che il rinunziante tolga se di mezzo assolutamente e generalmente senza favor di persona. *Si renunciatus generaliter ac indeterminato se mortuum faciat, atque a successionebus vel iuribus renunciatis extraneum ac omnino alienum, non curando an ad unius vel alterius personae commodum renunciationi effectus cedat* (2). Nel che si ravvisa la figura della vera rinunzia generale ed assoluta della cosa, non consigliata da alcun favore o particolare interesse.

2. Se il rinunziante ceda il suo diritto

non a' soli rinunziatari ma anche a qualunque de' loro eredi e successori, la quale formola comprendendo anche gli estranei, dimostra l'assoluta volontà di sgoigliarsi del diritto rinunziato anche in favore di persone ignote, e verso le quali non si può presumere alcun animo di gratificare. *Sed si ut plerumque fit ejus renunciationis commodum pro se suisque successoribus stipulatus sit pater, nullus praesumptioni locus relinquitur, nec proinde dubitationi quin non solum pro filiabus quoque, sicut et pro masculis, sed etiam pro extraneis hereditibus stipulatus videatur* (3). E Capecelatro: *Ampliatum dispositio habere locum etiam in officiis concessis pro se et hereditibus ex corpore, ut possit quis instituire cognatum proximorem post foeminam exeluum, etc.* (4). In Rovito poi trovasi chiaramente espressa la natura di tali rinunzie. *Prima clausula est, nam fuit facta Io: Andrea et Annibali fratribus, et eorum hereditibus et successoribus, quo casu dicitur realis* (5).

3.° Se alla rinunzia sia aggiunto il patto *de non petendo*, il che fa la rinunzia di sua natura reale ed estintiva (6).

4.° Se la rinunzia per espressa volontà delle parti si estenda anche *ad ignota et incognita, et rebus etiam in eodem statu non permanentibus*. Imperciocchè non per altra ragione le rinunzie personali o traslative non impediscono che il rinunziante acquisti per titolo di successione que' medesimi diritti a' quali ha rinunciato, se non perchè l'intenzione di gratificare è stata limitata per tale o tale altro caso, o a tale o tale altra persona, i quali casi non verificandosi, le cose vengono in uno stato diverso da quello che determinarono l'animo del rinunziante. Una tale ragione nasce dalla legge 9 D. *de transactionibus*, la quale espressamente dichiara che il diritto di succedere soprav-

(1) De Luca de feud. decis. Sicil. n. 136 e de renunc. Disc. 1. n. 6, 8.

Rovito Consil. 42.

Attinori al detto consiglio n. 1 a 8.

(2) De Luca loc. cit. n. 8.

Attinori loc. cit. n. 8.

Marcian. disput. 8 n. 19.

(3) Aut. Fab. tit. de Pactis defin. 22.

(4) Capecelatro Consult. 76 n. 53.

(5) Rovit. Consil. 42 n. 11.

(6) Montano controvers. 10 n. 1.

Surdo consil. 398 n. 25 Vol. III.

Molfa. de renunciat. quacq. 6 n. 31.

Rovito consil. 42 n. 13 e 14.

Capecelatro consult. 76 n. 46 e consult. 77 n. 53.

venuto alla transazione ed in quella non precluduto non rimane pregiudicato. Ma allorchè il rinunziante non si è curato delle persone alle quali il suo diritto potesse pervenire, ed ha inteso spogliarsi perpetuamente de' diritti rinunziati, qualunque mutazione in seguito sopravvenga trovasi espressa e compresa nella sua volontà.

Cotesta conclusione è nettamente pronunziata da Andrea d'Isernia e da Afflitto nel capitolo dello consuetudini feudali. *De eo qui finem facit agnato de feudo paterno*; ed è ripetuta da tutti gli scrittori posteriori (1).

5.° Se la rinunzia sia stata fatta da coloro che professano voti solenni e perpetui *cum animo Deo serviendi et mundum relinquendi* (2). Ed astrazione fatta dall'autorità de' dottori, cotesta qualità nasce dalla dichiarazione fatta dal S. C. nella causa di Tommaso Caracciolo, la quale dichiarazione è stata di poi citata da tutti gli altri scrittori: *visum fuit Sacro Consilio hanc renunciationem factam per moniales fore et esse realem, tum consideratam earum intentionem, dum renunciant ut Deo serviant et mundum relinquunt, tum etiam considerata intentionem fratrum qui receperunt renunciationem, cum non sit verisimile, nec ex parte sororum, nec ex parte fratrum quod vellet excludere proximiores, ut bona ad monasterium devenirent* cit. dic. 375.

6.° Se la rinunzia sia stata fatta colla cautela della stipulazione aquiliana, o sia dell'accettizzazione, nella qual cautela è contenuta anche la causa *de futuro*. Effetto di tal cautela è che da ora per quando si verificherà il diritto futuro si quita ed assolve colui, a beneficio del quale si fa la rinunzia, per modo che l'esecuzione si trae indietro al tempo della obbligazione (3).

E qui è necessario avvertire per intelligenza delle vecchie clausole del diritto che la cautela della stipulazione aquiliana va sempre congiunta col patto reale, o sia col patto conceputo ne' termini *non petam*. Imperciocchè queste due clausole insieme congiungo importano come se si

dicesse, e prometto di non domandar giammai la cosa in qualunque tempo, e per qualunque caso potesse a me spettare, e da ora mi dichiaro soddisfatto di qualunque cosa potesse appartenermi. La forza di tali clausole fu illustrata da Giandommaso Minadoi nel XXII de' suoi consigli. Il patto reale, egli dice, contiene in se la rinunzia al diritto *de futuro*, al quale diritto è relativa ancora la clausola della stipulazione aquiliana, per modo che se anche manca la causa della rinunzia, non può il rinunziante tornare a que' beni de' quali si è spogliato: *itaque fratres vel illi quorum contemplatione fuerit facta essent mortui, non tamen poterit soror ad jus renunciatum reverti*. Cita questo scrittore molte autorità, e si fonda principalmente sopra quella del sotle Socino, il quale nel suo consiglio 34 esaminò e sciolse la presente questione ne' seguenti termini: *id quod dicitur prae-sumi contemplatione fratrum factam renunciationem, est quando simpliciter filia renunciavit; sed quando exprimitur causa, tunc non habemus recurrere ad conjecturas, ut in casu suo; quia pater fecit filiam renunciare contemplatione dotis promittendae, quae ratio formalis est in casu nostro: quia in instrumento exprimitur quod Beatrix habens receptum, et considerans se dotatam de paragio liberavit, absolvit, quietavit, pactum fecit et renunciavit; quod consilium rogo videatur, quia factum fuit pro decisione hujus casus, et ultra Socinum hoc per prius scilicet, quod decisio Baldi in dicta lege pactum et aliorum procedit in casu dubio, non autem quando ex contractu potest apparere causa, consuluit Alexander in cons. 29 col. 2. vol. 3 n. 3 e 4.*

Da questa nitida autorità di Minadoi e di Socino si ricavano i principi i quali sono sempre più propri alla dimostrazione che le opinioni de' dottori: la rinunzia del diritto futuro si presume esser quella della causa presente. Nel dubbio di questa presunzione non vi si può comprendere la causa futura: dove la causa futura è e-

(1) V. i citati autori. *De Franchis decs.* 375 n. 2. *Capcedat consult.* 77 n. 35.

(2) *Decio Consil.* 31.

De Franchis decis. 375.

Rovito consil. 42 n. 11.

De Luca de renunciat. disc. 2. n. 5.

(3) *V. Menochio Cons.* 87.

spressa cessa ogni ragione di dubbio. *Renunciatio realis est, quando renunciatus in omnem casum renunciat et vocari solet renunciatio facta per aquilianam stipulationem, etiam per pactum de non petendo, quia prohibetur petere renunciatus ex quavis causa illi deferetur successio, ut probavit Andreas in Cap. 1. sub n. versu et hoc nisi in duobus de eo qui fin. fecit etc. (1).*

Gli esposti principi rilevansi da una classica decisione del Sagro Consiglio, pronunziata a ruote giunte, a relazione del Consigliere Altimari a' 9 di aprile 1567 ebe è mentovata da Molfese, e che è stata poi da tutti gli scrittori seguenti applicata in generale all'articolo della promozienza, ed in particolare alla rinunzia contenuta nel patto di Capuana e Nido. *Hoc autem praesumitur in dubio, sed si adesset pactum, tunc renunciatio esset realis, ut patet ex dictis quaest. praecedenti n. 13; pactum enim omni tempore excludit paciscentem, ut in l. tale pactum, ubi, glossa D. de pactis cum aliis cumulatis per Surdum cons. 398 n. 7. vol. 3 cum aliis cumulandis quaest. sequenti n. 2, 13 et alibi. Et ex his Sacrum Consilium in anno 1567 die 9 aprilis junctis aulis referente consiliario Altomare judicavit renunciationem factam a filia contemplatione duorum fratrum promortuorum in beneficium patris accepta dote, fuisse realem, ex quo facta fuit per aquilianam stipulationem, et sic per pactum de non petendo excludere renunciante, ut notavit Salernus in consuet. si qua moriens sub. num. 51 fol. 204 in apostilla incip. ad istud verbum circa fin., et bene adverte etc. (2).*

Ed il reggente Capececelatro. « Cumque dubitari non possit, quod renunciatio facta per comitissam dicatur realis, non solum enim fuit facta per aquilianam stipulationem et per pactum de non petendo, et etiam rebus in eodem statu non permanentibus, sed expresse fuit dictum, quod intelligatur realis, quo casu renunciatus prohibetur succedere, ex quavis causa illi successio deferatur, Andr. . . . Menoch . . . et renunciatio realis tollit

renunciante de medio ita ut pro mortuo habeatur, Alex. . . . Afflict . . . Franc. . . . Molfes . . . referit decisionem S. C. sub die 9 aprilis 1567 junctis aulis referente quondam regio consiliario Altomare, ubi fuit judicatum, quod per illam renunciacionem, in qua erat appositum pactum de non petendo, et per aquilianam stipulationem, ex eo quia realis judicatur, exclusam fuisse filiam a successione patris, quamvis fratres essent praemortui, et quod per pactum de non petendo renunciatus excludatur, nedum per filios et heredes testamentarios eorum in quorum beneficium facta fuit renunciatio, sed etiam per agnatos et cognatos remotiores et etiam per extraneos, Roman . . . Afflict . . . Ursill. . . . Socin . . . Menoch . . . Ant. Gabriel . . . Philipp. Paschal . . . ubi probat quod filia renunciatus per aquilianam stipulationem, perpetuo erit excluda omnique poenitus spe succedendi privata, etiam si frater tunc superstes postea decedat, ita ut habeatur pro mortuo juxta etiam notata per Napol. in cons. si quis vel si qua n. 195 ubi addentes, istae enim renunciaciones, quas filiae faciunt dote accepta ad beneficium patris, ut communiter fieri solet, quia viventis patris non potest dari successio, sunt judicandae extinctivae, non translativae, communiter enim a patribus procuratur, ut filiae renunciantes non possint succedere, non autem, ut per tales renunciaciones jus aliquod in ipsas vel ipsorum heredes transferatur, ut ex pluribus fundarit Gabriel . . . Molfes . . . quamvis jus succedendi non solum patri, sed omnibus ejus heredibus acquiratur, Surd. . . . et renunciaciones, quae sunt secundum unum novum Capuanae et Nidi, esse extinctivae, firmat idem Molfesius, habetur enim pro mortua, Capycius . . . Freccia . . . Rovitus . . .

Sono questi i caratteri essenziali della rinunzia estintiva. Conviene ora passare alla traslativa, quantunque dalle cose dette intorno all'una specie di rinunzie, si potesse rilevare in parte anche quello che riguarda l'altra e le proprietà che più particolarmente la distinguono.

(1) Molfese. De renunciatis. quaest. 2. n. 17.

(2) Molfese de renunciatis. quaest. 4. n. 17.

II.

Caratteri della rinunzia traslativa.

La rinunzia traslativa è una donazione, la quale può abbracciare o un diritto presente già acquistato, o un diritto futuro da acquistarsi: nel primo caso è una pretta donazione; nel secondo contiene in se due atti uno presunto l'altro espresso. Il presunto è l'accettazione del diritto per un'operazione mentale: l'espresso è la cessione che altrui si fa dello stesso diritto anticipatamente acquistato. Cotesto concetto è di Paolo di Castro alla legge si avia tua *C. de jure deliberandi*, e dopo di lui ha formato l'idea legale delle rinunzie traslative. Il presidente de Franchis la ricorda come una dottrina ovvia: *tunc enim per hunc unicum actum duo in instanti fiunt, scilicet acquisitio ex parte donantis seu cedentis et translatio domini in cessionarium seu donatarium*. Il Cardinal de Luca si valse della medesima idea per dare una esatta definizione della rinunzia traslativa: *alia vero translativa dicitur quae in ipso renunciante, juriurum vel bonorum praetiam saltem instantaneam ac intellectualem praesupponit acquisitionem, eademque jura vel bona renunciata, tamquam propria, per implicitas donationis species, in renunciatarium transfert, qui non jure suo per obstaculi remotionem ut in praecedenti specie, illa obtinere dicitur, sed ex jure, vel persona ipsius renunciantis, in quo ipsum jus renunciatarium substantiari seu radicari dicitur, ejus tamen utilitas vel effectus, renunciatarii commodo cedit* (1).

Ora dalla idea della donazione o cessione del proprio diritto ad un terzo, il quale debba rappresentarlo nascono tutti gli effetti delle rinunzie traslative diverse dalle estintive. Difatti che altro è la rinunzia fatta dalla figliuola al padre, se non la cessione del diritto che ella acquisterà alla morte di lui, acciocchè i suoi eredi possano rappresentarlo in luogo della figliuola rinunziente? Se questo diritto non si verifica, e la figlia muoia prima del padre, non solamente il diritto è divenuto eaduo, ma manca in costui la qualità di

cessionario della figliuola, se pure la rinunzia fatta per un caso, non si estendesse ad un altro. I figli per conseguente della figliuola premorta che per proprio diritto succedono all'avo, non possono essere pregiudicati dalla rinunzia della madre.

In questa conclusione sono concordi i giureconsulti e i tribunali di tutta Europa. Tal è l'argomento della definizione XIV di Fabro al titolo *de Pactis*, il quale ne odduce le seguenti ragioni che tutte procedono dall'enunciato principio: « la rinunzia è nulla, e quel che è nullo non può produrre alcuno effetto; la rinunzia fu fondata sopra una condizione che è mancata; non altrimenti si può rinunciare ad una eredità o ad una porzione legittima, se non sotto la condizione, se l'eredità sarà deferita al rinunziente: sebbene cotesta condizione sia tacita, pur tuttavia sospende l'atto come se fosse espressa: difatti prima si de' acquistare un diritto, e poi si può quello trasmettere: ora alla figliuola che è morta vivente il genitore non si è giammai deferita l'eredità o la porzione legittima, giacchè il padre vivente non è tenuto di dare alcuna legittima: per la qual cosa si ha come se non si fosse giammai fatta alcuna rinunzia ». Questo stesso è l'argomento della decisione LXVII del presidente de Franchis, della decisione IV del reggente Capececiatro, e della risoluzione del reggente de Marinis al libro II Cap. 192, senza dire d'innomerevoli altri casi che trovansi allo stesso modo decisi così da' nostrali come dagli esteri tribunali. Ora comparando insieme le due rinunzie ed esaminando il concetto che di ciascuna di esse è stato formato, si rileva la differenza che v'intercede e quella altresì de' loro diversi effetti. Quindi è che non si potrebbe, senza errare, per argomento tratto da un caso diverso applicare alle rinunzie estintive gli effetti delle personali o traslative e viceversa, sì perchè essendo diversa la loro natura, con-

(1) *De Luca disc. 1. de renunciat. n. 6.*

formemente a questa vanno interpretati i vari patti che vi si contengono, come pur-

chè era diverso il fine che i rinunzianti si proponevano nelle une e nelle altre.

III.

Efficacia de' patti concepiti colle formole ne petam e ne a te petam.

Premesse le cose dette, sembrerà anche più chiara, con un esempio, la differenza tra le due rinunzie.

Nelle rinunzie estintive dette anche reali, il patto concepito colla formola *ne petam* fa sì che se ne giovino tutti coloro i quali hanno interesse all'adempimento di quelle, quantunque non sieno stati personalmente contemplati, e che il rinunziante divenga incapace in faccia a costoro di acquistare quello di cui si è spogliato. Costo patto è il contrapposto dell'altro espresso colla formola *ne a te petam*. L'uno contiene il rifiuto assoluto della cosa, l'altro contiene un favore limitato alla persona che prestar dovrebbe la cosa: *in rem sunt quoties generaliter paciscar ne petam: in personam quoties ne a persona petam, id est ne a Lucio Titio petam* (1). Pothier rende anche più manifesta la definizione per se stessa chiara: *In rem sunt quum nulla sit limitatio personarum quibus prodesse pactum debebat: in personam sunt, quum hoc agitur ut pacti utilitas ultra certam personam non porrigatur puta ultra personam paciscentium* (2).

Gli effetti di queste due diverse specie di patti sono: i reali, come dicevamo di sopra, giovano non solo a coloro che gli hanno stipulati, ma a tutti quelli ancora che hanno un interesse comune co' paciscenti *in eadem re*, il che è non diremo un'eccezione, ma una spiegazione della regola: *conventio in alia re facta aut cum alia persona, non nocet in alia re aliare persona* (3). Tali patti dunque giovano a tutti quelli che hanno un interesse al loro adempimento: *Et in rem pacta omnibus prosunt quorum obligationem dissolutam esse ejus qui paciscebatur, interfuit* (4). Alla quale legge nota Pothier: *interdum tamen et extraneo pactum pro-*

derit, quatenus scilicet paciscentis interesset pactum huic extraneo prodesse.

Per contrario il patto personale non giova all'erede della persona in grazia della quale è stato promesso, e per conseguente neppure a coloro che avessero un interesse comune: *personale pactum ad alium non pertinet, quemadmodum nec ad heredem* (5).

Ma eccoci che non si confondano le due specie di rinunzie, il che sovente è avvenuto, è necessario distinguere un terzo caso, quando cioè la persona cui s'indirizza la rinunzia è nominata non per limitare l'effetto della rinunzia, ma per designare colui col quale si è contrattato: *Plerumque enim, ut Pedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur cum quo pactum factum est* (6).

La considerazione che nelle rinunzie traslative, a differenza delle estintive, la formola *ne a te petam* le renda personali, e quindi dirette al solo favore della persona o delle persone in grazia delle quali erano fatte, è comune ancora alle rinunzie miste, nelle quali la contemplazione delle persone limita e regola la volontà del rinunziante. L'obbligazione che si contrae in tali specie di rinunzie è della natura de' patti personali, o sia di quelli concepiti colla formola *promitto a te non petere*. Antichissima è nel diritto la comparazione tra il patto personale e la rinunzia traslativa, e può dirsi scritta nelle stesse leggi romane, considerate le rinunzie come transazioni, carattere di cui spesse volte si vestono. Andrea d'Isernia e Matteo d'Afflito, si valsero dello stesso paragone per distinguere le rinunzie personali dalle miste. *Pactum personale non prodest illi pro-*

(1) L. 7 § 8 D. de pactis.

(2) Lib. II. Pandect. Tit. XIV Sect. I § IV.

(3) L. 27 § 4 D. de pactis.

(4) L. 21 §§ 5 D. de pactis.

(5) L. 25 § 1 D. de pactis.

(6) L. 7 § 8 D. de pact.

quo non fuit pactum adjectum (l. si unus § ante omnia D. de pactis). Et hoc nisi in duobus casibus, primus est si fuisse generalis refutatio: quando scilicet refutaret omnino: tunc in omnem casum videtur refutare, quia dicit omnino: qui omne dicit nihil excipit (7). E Capocelatro: Praeterea quoties persona cui fit renunciatio ponitur cum verbo promissivo et in casu dativo ut promitto tibi non petere, prout in casu de quo agitur, hoc casu dicitur renunciatio realis, non autem personalis, siquidem persona adiectur ad designandum cum quo pactum factum sit, l. juris gentium § pactorum D. de pactis, et omnibus prodest etiam absentibus ratione abdicationis a renunciante factae; secus vero ubi persona in ablativo casu, puta promitto non petere a te vel a Titio; tunc enim dicitur personalis, si non adsint aliae clausulae vel conjecturae, sic distinguendo docet aliis relatis. Gallerat. de renunciat. lib. 1. cap. 10 n. 7, 8 fol. 90.

Ora prendendo per esempio un patto di rinunzia reale ed estintiva, come sarebbe quello che i coniugi stipulavano nei capitoli matrimoniali, del quale mai non si è da alcuno dubitato che tale fosse la natura, sebbene si fosse molto discettato intorno a' suoi effetti, quale sarà l'applicazione che ad esso verrà fatta de' principi esposti? In quello era stipulato che in nessun caso e per nessuno evento i beni

di uno de' coniugi dovessero passare all'altro o alla sua discendenza o a' congiunti del suo lato quando manessero i figliuoli, i quali erano la speranza del matrimonio: per tal fatto la moglie prometteva di non domandar giammai i beni del marito, se il matrimonio fosse rimasto senza figliuoli, e lo prometteva al marito e per esso a' suoi eredi naturali. Si dirà forse, e non è manesto che lo avesse affermato che il patto *de non petendo* dalla moglie stipulato, non dovesse giovare a tutti eoloro che hanno un interesse al suo adempimento? Dopo le cose dette non è chi non veda che, stipulato un tal patto dalla moglie, ciascuno di quelli a' quali importa, *obligationem ejus non dissolvit* si giova ugualmente che il marito, del patto *de non petendo*; e quindi il patto reale obbliga la moglie e tutti i congiunti di lei verso tutti quelli, in grazia de' quali la rinunzia fu fatta. Siffatta conclusione è così certa nell'applicazione come nella teoria; e ciò fu espressamente notato dal consigliere Gio: Francesco Marciano e dal reggente Revertera in proposito della causa della contea di S. Agata: ubi espresse fatetur *qua quatenus posset appellari realis, nihilominus intelligi debet respectu paciscentis, et ejus heredum et aliarum personarum, quibus sua interest, renunciationem prodesse per textum notabilem in l. et heredi § fin. de Pact. (1).*

IV.

Le rinunzie estintive, a differenza delle traslative si estendono ad non cogitata.

Ancora non sono mancati giureconsulti recenti, i quali sul proposito del patto di rinunzia de' coniugi contenuto ne' capitoli matrimoniali, che abbiamo veduto essere di sua natura reale ed estintiva abbiano sostenuto che le rinunzie non si estendano *ad non cogitata*, mentrechè è proprio come si è già detto altra volta delle rinunzie prette estintive il comprendere *non cogitata*, e l'estendere la loro efficacia a qualunque avvenimento non

preveduto, *etiam rebus in eodem statu non permanentibus.*

Il contrario interveniva nella rinunzia traslativa, nella quale secondo la dottrina di de Franchis due cose operava il rinunziente nel medesimo atto: faceva suo il diritto futuro, e lo trasferiva al suo cessionario, d'onde segue che oltre il caso preveduto nella rinunzia ed oltre le persone in favor delle quali la rinunzia era stata fatta, diveniva questa inefficace, ed

(1) Andr. in cap. de eo qui finem fecit agnato.

(2) Marcian. disput. VIII n. 19.

il diritto del rinunziante veniva quindi al ravvivarsi semprechè fosse avvenuto un caso diverso da quello preveduto dalle parti, e ciò tanto per la regola *iniquum est perimi pacto id de quo cogitatum non est*, quanto perchè in tale caso mancava nel cessionario il diritto di rappresentare il suo cedente. Egli è perciò che la figliuola che aveva rinunziato alla eredità del padre, se fosse premorta a colui, al quale credeva di sopravvivere, i figliuoli di lei concorrevano alla successione dell'avo non ostante il fatto della madre; ed in tal caso aveva luogo quanto a' figliuoli della rinunziante la dottrina dell'antica giurisprudenza *faciunt gradum, et non personam*. Nè si potrebbe argomentando da questo caso applicare gli stessi effetti alle rinunzie reali ed estintive, essendochè diverso, come dicevamo, era il fine che i rinunzianti nelle une e nelle altre si proponevano. In quelle alle successioni della propria famiglia che facevano le donne nell'andare a marito, rinunziavano esse ad un diritto preesistente, laddove nelle rinunzie a' beni del coniuge la rinunzia preesisteva al diritto e impediva che questo si acquistasse. Il diritto de' figliuoli è coeguale al loro nascimento ed è una conseguenza del *jus suitatis* giusta i vocaboli del foro: *sui heredes, quia dome-*

stici heredes sunt, et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur (1). Quindi il giureconsulto Paolo disse: *in suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimabantur* (2). E per la medesima ragione nella legge 1. de S. C. Syllan.: *domini appellatione et filijfamilias caeterique liberi qui in potestate sunt continentur*. Cotesto diritto acquistato colla nascita è quello a cui il padre non può arrecar pregiudizio: di questo diritto ogni rinunzia è odiosa: tanto odiosa quanto se anche la figliuola avesse genericamente rinunziato alla paterna successione, non sarebbe in tale rinunzia compresa la sua porzione legittima (3).

Ora non paragone può farsi tra le rinunzie de' figliuoli e quelle degli affini, o tra un diritto acquistato colla nascita ed un diritto l'acquistare il quale dipende dalla volontà delle parti contraenti e dalle idee relative delle civili convenienze; e chi volesse trarre tal paragone da un diritto necessario ad un diritto non solamente volontario, ma eventuale e condizionale insieme, commetterebbe un error legale e un altro critico.

V.

La condizione si hereditas renunciandi deferatur non può essere applicata alle rinunzie reali ed estintive.

Seguitando il nostro ragionamento sull'esempio della rinunzia contenuta ne' capitoli matrimoniali giova osservare ancora l'error di coloro, i quali credettero doversi applicare anche a questa la condizione implicita a tutte le altre rinunzie: *si hereditas renunciandi deferatur*; dappoichè siffatta condizione è propria delle rinunzie traslative e personali e non delle reali e abdicative, nelle quali secondo la dottrina di de Franchis, cui corrisponde quella di Rovito, l'estensione della rinunzia si misura più dal fine dello stesso rinunziante, che non

dalle regole congetturali della interpretazione.

La tacita condizione *si hereditas renunciandi deferatur* ha luogo in tutte le rinunzie personali, perchè premorendo colui alla cui eredità si è rinunziato, è svanito il diritto che avevasi voluto trasferire.

Che questa massima non abbia luogo nelle rinunzie meramente reali risulta dall'autorità di quegli stessi scrittori che l'hanno riguardata come necessaria ed implicita in tutte le rinunzie personali,

(1) *Instit. lib. 11. Tit. XIX.*

(2) *L. 11 D. de lib. et posth.*

(3) *Fabro ad tit. de inoff. test. Def. 1.*

nel quale nome intendiamo sempre comprese anche le miste.

Lo stesso Antonio Fabro nella definizione prima al titolo *de pactis* adduce come ragione della condizione *est enim ea renunciatio personalis nec magis personam renunciantis egreditur, quam iusjurandum*.

Lo stesso vien dimostrato per l'altro principio che la condizione *si hereditas* etc. ha luogo semprechè il cessionario possa rappresentare il cedente; laddove cessa quando essendosi il cedente renduto incapace non può essere da altri rappresentato, come nelle rinunzie de' laicali. Sopra questo principio stabilito da Diego Covarruvria (1) è fondata l'opinione di molti altri scrittori. Tra questi Fachino dopo aver riportato la contraria opinione la confuta ne' seguenti termini. *Sed contrariam sententiam veriorum esse putamus quam amplexus est Covarruvria in dicto capitulo quomvis*. « *Fundamentum est firmissimum in decisione d. o. quamvis licet enim de filia matrimonio soluta locanda loquatur, ea tamen ratione nititur quod iuramentum sit servandum*. » . . . Quae quidem ratio quin et in proposita specie locum habet, negari non potest. Quae cum monasterium hoc in casu succedere non possit, nisi ea persona monialis, et illa jam esclusa fuerit renunciantione jurata, non video quomodo iure monasterium eam hereditatem vendicare possit (2). »

Mario Cutello espressamente pone la distinzione tra le rinunzie personali e le reali per ciò che concerne l'effetto della clausola sottintesa, *si hereditas renunciant deferatur*. « *In hac quaestione in qua nostrales non adeo aperte iuxta mei capacitatem, loquuntur, plures sunt attendendi casus, quorum unusquisque diversam recipit determinationem, ideo non mirum si aliquantulum me extendam, etenim aut renunciatio fit ad favorem solius patris, vel certarum personarum, puta masculorum, quam personalem vocant, quod tunc evenit quoties certas tantum personae contemplan-*

tur, aut ad favorem patris, et suorum heredum, et bonorum, ita ut realis dici possit. Iterum aut fit pernubere, volentem in saeculo, aut per eam quae aliquod monasterium ingreditur et profectetur. Demum aut pater praemoriatur caeteris filiis, aut filii praemoriuntur, patre, et renunciantem superstitibus. In primo ergo casu quando renunciatio est personalis, communis scola tenet, quod si personae contemplatae deficiunt, patre superstite, qui postmodo intestatus decedat, renunciatio ei succedat, quasi cesset tunc causa per quam se ipsam propriam excluderat pacto ... Hic casus est declarandus, ubi renunciatio sit facta, stante dote recepta, quia cessantibus personis contemplatis, non cessat utique dotis habitae causa. Sin vero pater praemoriatur filiae renuncianti, ac caeteris, nemo dubitat quin per fratres excludatur, adeo ut perpetuo esclusa remaneat. Sin autem renunciatio esset realis, puta quia pater praedilexerit heredes extraneos filiae, stipulando pro eis, vel fuerit quietare sibi bona, ne ad illa amplius habeat regressum, tunc filia censetur esclusa pervenientes ab intestato, etiam remotiores; habetur enim pro mortua ».

« *Et hoc etiam procedit, si renunciatio fiat per profiteri volentem, non sequuta professione, imo fortius monasterium non poterit ex persona monialis, vel monachi venire exclusis succedentibus ab intestato. . . (3) ».*

Lelio Caputo nelle sue ripetizioni alla consuetudine *si moriatur* tratta la medesima quistione, e dopo averla esaminata per le rinunzie personali, domanda se lo stesso abbia luogo per le rinunzie prettamente reali ed estintive:

« *Quaero etiam circa praedictam inspectionem an contemplatio masculorum vel aliarum personarum habeat locum quando foemina non solum vadit in matrimonium carnale pro ut expresse loquuntur doctores supra relati. . . renunciatio ipsis contemplatis deficientibus inefficax sine dubio erit; sed etiam quando renunciavit ut in monachismum abiret et hanc*

(1) *Cap. quamvis pactum* 3 parte § 2 n. 3.

(2) *Contr. jur. lib. 3 cap. 22*.

(3) *Mario Cutello de donat. contemplat. matrim. parte VI dis. III. n. 127*.

renunciacionem factam per moniales fore et esse realem S. C. visum refert de Franchis decis. 375 n. 2, tum attenta et considerata renunciatis intentione, (dum renunciat ut Deo serviat et mundum relinquat, ubi dicit hanc causam sufficere ad faciendam renunciacionem esse realem) tum etiam attenta intentione ipsorum qui receperunt renunciacionem, cum non sit verisimile nec ex parte sororum, nec ex parte fratrum, quod vellet excludere proximiores, ut bona in monasterium devenirent (1).

E Capeclatro riferendosi a tutte le allegate autorità dà la medesima conclusione come ricevuta nelle rinunzie assolutamente reali:

« Postremo ultra renunciacionem tot ampliusimis verbis factam, ac specialissimis clausulis roboratam, quae excludunt poenitus dictam illustrem comitissam a dictis bonis renunciatis, non obstante quod sit praemortuus frater, dum ex praedictis dicta renunciatio non illius fratri contemplatione facta fuit, sed in beneficium patris ejusque heredum et successorum, excludit poenitus ipsa filia, quae contenta remansit dote ducatorum quadraginta quatuor mille; et sic dum renunciatio est realis, non curandum an frater praemortuus fuerat etc. (1).

Facciasi pur menzione del reggente de Marinis, il quale dopo avere ampiamente dimostrato la necessità della clausola si hereditas renunciantis ec., stabilisce la medesima eccezione per le rinunzie reali.

« In quarto autem casu et sic in renunciacione quae fit a moniali, fateor omnes convenire, ut semper illa dicatur realis, ita ut pater ab intestato defuncto, filia quae renunciavit sive monasterium ex illius persona, non modo a descendantibus, sed etiam a quocumque collaterale defuncto proximior poenitus excludatur; idque tam attenta mente renunciantis, quae est ut Deo servire possit, et mundum relinquere, quam attenta mente patris qui renunciacionem recipit, cum non sit verisimile eam recepisse ut deficientibus descendantibus succedat mo-

nasterium, sed proximiores consanguinei (2).

Ed il reggente Rovito non solamente conferma la medesima dottrina, ma si vale di espressioni diverse, le quali sono caratteristiche, e contengono in loro la ragione stessa della differenza. Chiama egli rinunzia di beni l'estintiva, e rinunzia di persona la traslativa: « Quae conjectura optime in casu nostro concurrat tum in persona d. Clementiae quas vovendo virginitatem Deo eique votum pauperlati promittendo non praesumitur cogitasse de rebus saeculi, etiam in casu quo fratres absque filiis morerentur; tum ex conjecturata mente fratrum recipientium renunciacionem, qui praesumitur potius in successione suorum bonorum velle praeferre suos agnatos tamquam magis dilectos, quam monasterium in quod nulla potest cavere praesumpta affectio (3).

Se a tutte queste opinioni ed alle ragioni di diritto sopra le quali sono fondate voglia aggiungersi anche l'autorità delle cose giudicate, si potrebbe citare le due classiche decisioni che hanno formato il soggetto de' commenti di tutti gli allegati scrittori. Questo sono la decisione 375 di de Franchis, e la 63 delle decisioni di Mastrilli. Nella prima si discettò per la eredità di Tommaso Caracciolo, appunto per la premorienza di colui alla cui eredità si era rinunziato, ed allora fu che il S. C. dichiarò reali le rinunzie delle clausali ex conjecturata eorum mente. Nella seconda la distinzione tra le rinunzie traslative e le estintive è definita con una formola parimenti caratteristica. « Ordinariamente, dico Mastrilli, si rinunzia ad ogni diritto che compete o può competere in avvenire ex causa de praesenti competentis; ma nelle rinunzie reali de' clausali si rinunzia non solamente a' diritti che competono de praesenti, ma anche a quelli che potranno competere de futuro (4).

Stabiliti questi principi, lo stesso autore risponde alla obbiezione della premorienza di coloro alla eredità de' quali si era rinunziato: « nec obstat id quod ex

(1) Lelio Capulo parte 3 §. 8 n. 12.

(2) Consult. 77 n. 37.

(3) Risoluz. 189 lib. 2 n. 22.

(4) Consil. 43 n. 7.

(5) Decis. 65 n. 9.

adverso adducebatur, quod haec renunciatio facta fuerat patri per ingredientem monasterium, qui habet filios masculos, quo casu respectu masculorum facta censetur, in tantum quod eis mortuis admittatur renunciatio non obstante tali renunciatio. Nam dictum est, quod praedicta conclusio non procedebat in casu isto in quo renunciatioes fuerunt reales, ut supra dictum est ex Vin. de Franch., qui refert ita fuisse iudicatum, et fuit eadem causa contra quam consuluit D. de Ponte in allig. cons. 39 et voluerunt Corar. et Vasq. per eum relati, et est communis opinio de qua per Sfor. cons. ult. num. 33 et 34, ubi dicit talem renunciatioem esse factam in favorem omnium agnatorum et transversalium, maxime stante amplitudine clausularum in renunciatioe appositarum, ut post alios declinat praedictam conclusionem d. Costain d. distin. 50 n. 18 et seq. 1.

Dalle cose dette si deduce che quelli i quali hanno applicato alle rinunzie propriamente dette estintive la condizione si hereditas renunciatiois deferatur, hanno confuso sotto il vocabolo generico di rinunzie due spezie, e due diversi caratteri di contratti. In conferma di tal distinzione ben si può trarre argomento dalle rinunzie dei claustrali, i quali rinunziavano anche essi colla clausola *ac si essent mortui*; avvertendo che l'assimilazione della rinunzia dei claustrali a quella da noi scelta ad esempio, che i coniugi facevano nel contratto di matrimonio, è nella causa e non negli effetti. Se dall'una si è argomentato all'altra, la ragione è che per dimostrare le conseguenze della rinunzia reale ed estintiva, conviene scegliere il vero tipo di quelle. Ora

questo tipo trovasi nella rinunzia de' claustrali, la quale può dirsi essere di sua natura una rinunzia di beni e non di persone. Del rimanenti la rinunzia che si fa in favor degli eguali, per conservare i beni al ceppo al quale appartengono non solamente è stata definita come reale ed estintiva a rispetto del rinunziante, ma ha servito anch' essa di norma a giudicare degli effetti della rinunzia de' claustrali. Napodano nella glossa alla consuetudine 1. *de jure congrui* dice: *Sic etiam dicimus quod quando agnatus per pactum renunciat ipsi juri succedendi, videtur se excludere de numero agnatorum, et sic videtur actum ut nunquam possit succedere.*

Di questo luogo del Napodano si servi Minadoi come d'un argomento generale per definire la natura delle rinunzie reali, siccome Lelio Caputo si servi della rinunzia suggerita dallo stesso Napodano per lo patto di Capnana e Nido come un argomento per le rinunzie de' claustrali. *Quod vero monasterium hereditatem monacho delatam ex persona ipsius monachi recipiat et acquirat, qui si esset in saeculo debuisse succedere pater, quia si eo tempore naturaliter esset mortuus, tunc monasterium non acquireret, sic quando pro mortuo habetur qui a renunciatioe se e medio abstulit, Napodanus etc.* E viceversa il presidente de Franchis nella decisione 552, allorchè ha dovuto diffinire gli effetti della rinunzia estintiva suggerita da Napodano, ha ricavato argomento dalle rinunzie de' claustrali; quindi il promissuo ragionaro dall'una all'altra è fondato sulla regola: *quae paria sunt paria jura desiderant.*

VI.

Le nuove leggi non han distrutto gli effetti delle antiche rinunzie reali.

Le cose dette han dimostrato abbastanza quel che da noi si assumeva sul principio di questo nostro discorso, che sia cioè da porre ogni studio nella metier delle rinunzie per ben discernere le une dalle altre e segnar le differenze caratteristiche di entrambe; acciocchè non avvenga che si dica di alcuna quello che ad altra ben diversa sarebbe da applicare. La diversa loro cause, onde le une e le

altre derivano e il diverso fine cui i rinunzianti han mirato, rendono chiaro e sensibile l'errore di un ragionamento per illazione da un caso all'altro tra loro dissimiglianti, e formano la norma sicura per attribuire a ciascuna gli effetti suoi propri e per giudicar della materia, che altrimenti risguardate potrebbe apparire sformata di principi certi che la regolassero.

Coteste considerazioni cadono anche in acconcio nel proposito di voler determinare quel che le nuove leggi abbiano operato per le antiche rinunzie; dappoichè s'egli è difficile, atteso il disordine che d'ordinario si ravvisa nelle idee, determinare gli effetti che l'atto produceva al tempo in cui era di diritto comune, assai più malagevole riuscirà determinare quelli, che dovrà produrre sotto una novella legislazione, che abbia in molte parti modificato l'antica.

Difatti trattandosi di atti cotanto distinti tra loro, ebbene spesso confusi, si risolverà forse alla rinfusa la questione della loro caducità, e si dichiareranno validi o nulli indistintamente pel solo fatto della pubblicazione delle leggi nuove?

La distinzione che ha fatto riguardare alcune rinunzie come utili ed altre come inutili è stata fondata sulla presunta volontà de' rinunzianti. Nelle reali o estintive si è già veduto manifestarsi tal volontà non condizionata nè ristretta da veruna considerazione di circostanze o di persona, ma libera, assoluta ed estesa a tutti i casi possibili, in qualunque stato si trovino le cose. Nello personali o traslative per contrario il favore vien limitato alla persona; ovvero è regolato da certe condizioni e da determinate circostanze, oltre le quali non si presume estesa la volontà del rinunziante. Di qui segue che quando per un nuovo ordine di cose venga meno quel fatto o quella condizione che aveva causato la rinunzia, debba di necessità anche questa cadere, come quella che vacillò sin dal momento in cui fu fatta. E però potrà venire in mezzo la questione di caducità per le rinunzie personali soltanto o per quelle dette *superflue*; non mai per le reali, nelle quali trattandosi di abbandonare assolutamente un diritto che già si possedeva, non può esservi dubbio sulla irrevocabilità, loro attribuita dalle leggi che erano allora in vigore.

Circa questa specie di rinunzie nè in Francia nè tra noi si è osato mai distruggerle. Colà la giurisprudenza ha frenato lo spirito innovatore, perocchè ha distinto le rinunzie *superflue* (*surérogatoires*) dal-

le altre dette volontarie, ed ha dichiarato annullate quelle, ritenendo queste altre perfette (1): qua tre savi alti sovrani hanno impedito che si oltrepassassero i limiti della giustizia ed hanno chiuso l'adito ad ogni errore ed a qualunque effetto retroattivo. Imperciocchè il Rescritto generale de' 25 di settembre 1809 determinò l'effetto delle rinunzie *superflue*, quelle cioè per le quali si era rinunziato ad un diritto che per la legge comune il rinunziante non possedeva; il Real Decreto de' 4 marzo 1817 confermò la validità delle antiche rinunzie; ed il Sovrano Rescritto de' 9 di marzo 1822 spiegò particolarmente l'effetto delle rinunzie reali ed estintive dei religiosi professi; dall'osame delle quali disposizioni e delle massime in ciascuna di esse stabilite verranno fuori chiaro e manifeste le conseguenze che ne risultano.

Due ragioni principali presiedono a tutte le spiegazioni fatte col citato general Rescritto, e contengono in loro stesse la regola e l'eccezione insieme. La prima è: *il diritto delle femmine a succedere è tutto nuovo: adunque esse succedono per un beneficio che non è in nessun modo pregiudicato dal contratto precedente, in cui non fu nè stimato nè preveduto*. La seconda è: *il divieto delle rinunzie riguarda il solo tempo posteriore alla legge. Non potrebbero le antiche rinunzie essere infermate per tal divieto, senza dare alla legge nuova un effetto retroattivo, il quale ripugna alla regola. Tutto quello che in altri paesi si è dimostrato sulla spiegazione di questa massima, è straniero alla controversia presente. Lasciò dunque da banda il nuovo divieto delle rinunzie; le antiche non debbono cadere sotto la sua disposizione*. Da queste premesse discendono tutte le altre questioni ed obbiezioni, alle quali rispose la saggia ed autorevole spiegazione del Ministro della Giustizia di quel tempo, che giova qui riassumere.

1. Le donne erano dalle nostre patrie leggi escluse dalla successione de' genitori, ed avevano solamente diritto ad una congrua dote. Ciò non pertanto allorchè andavano a marito rinunziavano in favor

(1) V. sopra a pag. 239.

del padre a qualunque ragione potesse loro competere sopra la paterna eredità, la quantità delle dote non era della legge determinata, ed era relativa alla qualità ed allo stato del patrimonio del dotante, sì che le convenzioni delle parti o il giudizio del magistrato stabilivano la misura di quel diritto che le leggi avevano genericamente dichiarato: non si rinunciava alla successione de' genitori, perciocchè non potevasi rinunciare ad un diritto che non si aveva, ma si prevenivano le liti intorno alla quantità della dote e del paraggio. Le rinunzie dunque erano transazioni sul più o meno di quello che potevano le donne pretendere per titolo di dote.

2. La validità di coteste rinunzie poteva essere impugnata, o perchè le donne rinunzianti erano poste sotto le patria potestà, o perchè la paterna riverenza poteva loro strappare un consenso meno libero, o finalmente perchè i figli nati dal matrimonio potevano pretendere che il fatto delle madre non arrecasse loro alcun pregiudizio: e però fu inventata una cautela (che è quella di Maranta), per ovviare a tutti i dirotti pericoli.

3. Le rinunzie fatte in favor del padre contenevano un patto di non domandare supplimento di dote ad un tempo futuro, ch'era quello della morte di lui: non contenevano rifiuto di eredità, dappoichè se fossero menati i maschi, o se il padre avesse nel testamento istituito eredi le figlie rinunzianti, la rinunzie non era loro di ostacolo. L'effetto dunque di tali patti, i quali presupponevano la legittima incapacità delle donne, dipendeva da un'implicita condizione, che le cose sarebbono rimase nello stato in cui erano allorchè la dote fu loro costituita.

4. L'intenzione de' contraenti de' essere sempre riferita a que' casi i quali potevano cadere sotto l'antivedimento loro. Ora nessuna delle rinunzianti non mai prevede che una novella legislazione venisse a mutare le loro condizioni e lo stato de' propri diritti. Per le qual cosa se anche le rinunzie non avessero unicamente riguardato il supplimento del paraggio; o se l'incapacità delle donne non limitasse l'effetto di quelle, la sana critica e l'equità impedirebbero che le rinunzie si estendessero ad un senso non prevedu-

to, e ciò per la massima: *iniquum est primi pacto id de quo cogitatum non est*.

Le anzidette considerazioni dimostrano che le rinunzie delle donne maritate alla paterna successione furono tra noi, come in Francia, dichiarate inefficaci per via d'interpretazione, e non già perchè si avesse voluto rendere retroattivo l'effetto delle nuove leggi; e solamente fu con sano consiglio giudicato utile di dare una norma a' primi passi de' nostri tribunali, anzichè permettere che più tardi e con incertezza si pervenisse alla verità per via di decisioni e di errori i quali sono inseparabili dagli umeni giudizi. Cotesto consiglio fu tanto più salutare, quanto trattavasi d'un articolo e d'un interesse generale, che grandemente influiva nell'ordine e nella pace delle famiglie.

Ma, dopo le spiegazione ministeriale del 1809, mancava una formale dichiarazione della Sovrana Potestà, la quale facesse rispettare le antiche rinunzie, e stabilisse la regola in termini tanto chiari, quanto erano quelli co' quali era stata stabilita l'eccezione. Questo è quel che fece il Real Decreto del 1817, i cui motivi spandono maggior luce sopra tutte le cose sin quì esposte.

E i numerosi o continui richiami a noi pervenuti dopo il nostro felice ritorno in questi reali domini, sulla efficacia o inefficacia delle rinunzie stipulate dallo donne maritate prima della pubblicazione del codice civile provvisoriamente in vigore, alle successioni de' loro ascendenti aperto sotto l'impero del medesimo, han richiamata le nostre sovrane attenzione, e ci hanno quindi determinato a pubblicare una dichiarazione, la quale ponendo un termine alla questione insorta, facesse conoscere altresì il vero spirito e la vera applicazione da farsi delle nuove leggi successorie. Guidati da' principi inconfessati della giustizia universale, non meno che da quelli stabiliti nelle antiche e nuove leggi noi abbiamo considerato, che per effetto degli editi successorii che erano precedentemente in osservanza in questa parte de' nostri domini le donne erano escluse dalla successione degli ascendenti nel concorso de' maschi. Abbiamo considerato inoltre che le successioni debbono essere sempre regolate con quelle leggi che han vigore nell'epoca in cui si deferiscono.

Art. 1. Le rinunzie delle femmine maritate prima del codice civile provvisoriamente in vigore, non hanno ricevuto per tale avvenimento alterazione o cambiamento alcuno.

2. Esse non sono di ostacolo alle femmine per conseguire ciò che alle medesime è dovuto sulla eredità de' genitori, ai termini delle leggi vigenti al tempo dell'aperta successione ».

Ora lo scono principale di questo decreto fu il dichiarare che le rinunzie fatte sotto le antiche leggi hanno conservato la loro efficacia, e che c'è non pertanto le donne maritate succedono per una ragione che non offende il principio della legge, ma che spiega e misura gli effetti della loro volontà. È manifesto dunque che anche tra noi le leggi nuove operano a rispetto delle antiche rinunzie per via d'interpretazione, e non per effetto retroattivo. Di tal verità si ha un'altra dimostrazione nel Real Decreto che conferma gli effetti delle rinunzie reali ed estintive.

Due nuovi avvenimenti i quali modificaron lo stato delle nuove leggi, hanno recentemente somministrato l'occasione di rimescere la controversia intorno agli effetti delle rinunzie reali ed estintive degli ecclesiastici professi, e ci hanno procurato il vantaggio d'intendere per rispetto a quest'articolo non meno le opinioni de' sommi giureconsulti e di tutti i collegi consultivi del regno, che l'oracolo della stessa Sovrana Sapienza.

Il Concordato colla Santa Sede concluso nel 1818 ci restituì gli ordini monastici, e la provvidenza del Re ci diede nel 1819 un corpo compiuto di leggi proprie. Surse però il dubbio se insieme cogli ordini monastici dovessero intendersi anche restituite le leggi canoniche, le quali permettono le rinunzie prima della professione; o se dovesse attendersi alle leggi civili, le quali vietano ogni rinunzia ed ogni patto intorno alle future successioni. La ragione del dubitare cresceva dal perchè tra' casi d'incapacità preveduti dalle leggi civili non si trova quello della monastica professione; quindi uno dei prelati del regno propose tre dubbj intorno alla capacità de' monaci e de' monasteri ed alla efficacia delle loro rinunzie: la professione monastica rende i professi in-

capaci di succedere: sono essi morti civilmente: le rinunzie permesse dal diritto canonico sono in questo caso tollerate dalle leggi civili? Il supremo Consiglio di Cancelleria, la Commissione consultiva di giustizia e i magistrati tutti successivamente interrogati convennero concordemente nelle seguenti massime: il monaco volontariamente incorre la morte civile o diviene incapace: l'incapacità rende superflue le rinunzie, dappoichè chi non ha diritto non può validamente ad altri trasmetterlo. Per la qual cosa con sovrano Rescritto de' 9 di marzo 1822 fu dichiarato per modo di legge a tutti i tribunali del regno quanto segue:

« Si è dubitato se i religiosi e le religiose professate sieno capaci di succedere e se le rinunzie autorizzate dal diritto canonico prima della professione religiosa incontrino l'ostacolo del diritto civile in vigore ».

« Questo dubbio è stato a S. M. rassegnato e la M. S. sulla considerazione che le successioni debbono essere regolate esclusivamente a norma delle attuali leggi civili, e che ricevute nel regno le istituzioni religiose, coloro che ad esse appartengono astretti dal voto di povertà trovansi collocati in uno stato d'incapacità volontaria ad acquistare alcuna proprietà; si è degnata dichiarare che i religiosi e le religiose professate per ragione de' voti monastici sono incapaci di succedere ».

« Nel partecipare nel Real Nome alle SS. LL. questa Sovrana risoluzione gioverà osservare che per effetto della medesima le rinunzie de' monaci e delle monache relative alle eredità future hanno a riputarsi come atti superflui e senza oggetto. Elleno daranno comunicazione di questa circolare a' collegi presso dei quali esercitano le funzioni del pubblico ministero e ne cureranno il dovuto adempimento ».

Ora se le rinunzie alle future eredità sono inutili, perchè gl'incapaci si hanno come civilmente morti, sono manifeste due conseguenze che da tal principio derivano: la prima che le leggi nuove non hanno distrutto nè scemato l'efficacia delle antiche rinunzie reali ed estintive: la seconda, che una volta contratta l'incapacità più non si richiedo che sia fatta

rinunzia a tal caso e in favore di tale persona: l'incapacità comprende tutti i casi e giova a tutti coloro che partecipano degli effetti suoi; il che conferma la regola che quando facevasi sotto le antiche leggi una rinunzia assolutamente reale ed estintiva, e riconoscevasi per patto l'incapacità, cessavano le regole delle rinun-

zie traslative e diveniva ozioso il ricercare se il rinunziante fosse morto prima o dopo della persona a cui aveva rinunziato, o se fosse avvenuto il caso preveduto ovvero un altro. In conclusione coloro i quali dichiararonsi incapaci mercè d'un patto, uscirono dal mondo e non vi sono più rientrati per le nuove leggi.

DISSERTAZIONE II.^a

DELLA QUALITA' D'INDEGNO NELLE SUCCESSIONI DI EREDITA'.

I.

La materia dell'*indegnità* offre due diversi aspetti, secondochè si consideri sotto l'impero delle presenti leggi civili, ovvero si riferisca al tempo in cui era regolata da' principi dell'antica legislazione. Cotesta differenza, facile a scorgersi da chi impenda per poco a scorrere quello, che dal nuovo e dall'antico diritto è stato disposto per la indegnità, non da altro dipende se non dalla diversità delle cause che danno luogo alla *direddazione*: materialin a quella afflue, i cui principi secondo il diritto romano, anche sono stati dallo nostre leggi con civile sapienza modificati. Di che volendo indagar l'origine e le cagioni, sarà agevole rinvenirle nell'esame di quella parte del civile ordinamento, di cui son conseguenza le varie leggi che successivamente hanno a queste azioni provveduto.

Presso i romani era data al padre potestà tanto piena ed illimitata, che piuttosto di sovranità prendeva la figura, anzichè somigliare a quella autorità, comandata dalla legge di natura e confermata da' codici moderni, di cui lo veggiamo al presente rivestito. Per effetto di tal potestà e tra tutti gli altri diritti, anche maggiori, che competeangli su' figliuoli, poteva ancora direddarli per cagioni che prima erano indeterminate e quindi arbitrarie: in appresso determinate dall'imperadore nella 115 delle novelle. Però anche quando fu prescritto un certo limite a tal potere, imponendosi al padre l'obbligo di direddare espressamente e per alcuno di quelle cagioni, dalla legge stessa riconosciuto giuste, molteplici troviamo essere state nel diritto romano tali cause per la direddazione, siccome molteplici ancora sono quelle che partorivano la dichiarazione d'indegno.

Nè è da maravigliare che sia una così

immediata relazione tra il diritto di direddare o l'azione d'indegnità; dappoichè l'uno o l'altra fondati nel demerito dell'erede e nell'oltraggio arrecato al defunto debbono crescere o diminuire in ragione delle possibili offese, ed essere ordinati di necessità in una scambievole dipendenza. La qual cosa deesi più che mai manifestare quando la potestà smodata del padre di famiglia, lo solennità di cui era fornito il testamento, ed il religioso ossequio prestato alla volontà del defunto, mostrano chiaramente l'importanza di quell'atto sovrano del capo della famiglia o la superchianza della successione testata a rispetto della intestato. In queste condizioni di cose dicevamo essere anche più manifesta quella dipendenza di un'azione dall'altra, perciocchè se la volontà del defunto è la regola generale delle successioni, alla quale, ove mai manchi, cerca di conformarsi anche la successione legittima; egli è natural cosa che per entrambe le azioni si prenda norma da quelle cause, che oltraggiando il defunto lo avrebbero indotto a fulminar la direddazione.

Presso noi al contrario il padre di famiglia non ha facoltà di direddare i figliuoli, meno che per cause, le quali tendendo a distruggere la sua autorità, indispensabile al conseguimento de' fini morali della società domestica, la legge ha avuto cura di determinare, siccome han fatto pure per le cause d'indegnità.

E qui di passaggio si osservi che, dove le nuove leggi han derogato in tutto o in parte alle antiche, malamente s'invocerebbon queste per la interpretazione di quello: come per l'opposito, nello materie in cui sono stati serbati gli stessi principi bisogna tenere l'antica legislazione come il fonte a cui si vuole attingere le ragioni e la mente delle leggi nuo-

ve. Applicando tale osservazione al caso della direddazione, chiaro si manifesta l'errore di chi voglia citar l'autorità del diritto romano anche per cause dalle nuove leggi non ritenute; che anzi nelle stesse materie il silenzio della legge posteriore dov' l' anteriore aveva espressamente disposto, somministra un argomento di divergenza di principi, e di divieto per conseguente di più applicare gli antichi.

Lo stesso s'intenda detto della indegnità, per la quale non è altrimenti intervenuto che per la direddazione.

Le nostre leggi ad evitar qualunque dubbio e l' arbitrio possibile del magistrato han determinato tassativamente le cause d' indegnità, limitandole ad un certo numero, oltre il quale non è lecito di riconoscerne altre per illazione, o di ampliarle per via d' interpretazione lo condizioni di quelle già stabilite. In tal guisa non potrebbe il giudice, per modo di esempio, dal veder dichiarato indegno chi sia stato condannato per avere ucciso o tentato di uccidere il defunto, estendero la medesima conseguenza anche a chi, benchè colpevole del fatto, non abbia nondimeno soggiaciuto a veruna condanna.

Divenuta dunque certa la risoluzione delle quistioni che potrebbero al presente agitarsi intorno alla indegnità, sarebbe ugualmente erroneo come per la direddazione, di turbarle con l'autorità delle leggi romane, nelle quali era diversamente la materia ordinata.

Ma lo stesso non avviene delle quistioni sorte sotto l'impero di quella legislazione.

Per queste dovendosi di necessità ricorrere alle antiche fonti, fa d'uopo sopra ogni altra cosa aver presente il principio della equità: di quella equità che ebbe a temperare il rigore dell' antico diritto per mezzo della novella di Giustiniano, e che apportò ancora ulteriori adolcimenti alla legislazione novissima per mezzo de' costumi delle colte nazioni e degli umani principi del diritto ricevuto.

Or poichè abbiamo avuto sotto gli occhi varie decisioni di tribunali, i quali lungi dal seguitare un tale spirito nell'applicazione delle antiche leggi hanno piuttosto aggravato quel rigore che andava invece mitigato, non sarà fuor di proposito di fare una brevissima sposizione di quelle leggi, nelle quali sono state per l'ordinario fondate siffatte decisioni.

II.

Per non errare nella interpretazione dell' antico diritto, circa le cause dell' indegnità, è necessario premettere alcune verità generali, in quali debbono servir di guida nell'applicazione delle leggi a' casi particolari.

Ed in prima è da avvertire che trattasi di un diritto odioso, il quale priva i figliuoli della eredità de' loro genitori, o rovescia la volontà de' testatori per presunzioni, che la legge fa invece dell'uomo; sì che le cause d' indegnità, del pari che ogni legge limitativa de' comuni diritti civili, non debbon essere estese al di là del senso legittimo delle parole e della interpretazione ricevuta dalle medesime; altrimenti s' incorrerebbe in quel vizio condannato dal diritto: *ne quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea*

nos durior interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem (1).

In secondo luogo conven rammentare che due principi tra loro affatto opposti suggerirono tutte quelle leggi che composero il diritto delle cose caduche. Uno fu attinto dalla morale, fondamento d' ogni legislazione, l' altro dall' avarizia fiscale, che coruppe questa e molte altre parti della romana giurisprudenza. La legge Giulia e la Papia prime autrici del diritto delle cose caduche ebbero, come per loro principale scopo, l' arricchire il pubblico erario. Imperadori avidi, ed indegni della riconoscenza de' posteri, come Adriano e Caracalla l' ampliarono; sì che le cause d' indegnità divennero il patrimonio de' dettori, ed una sorgente di calamità e di

(1) *L. 25 D. de leg. S. C.*

vessazioni per le private famiglie. Coloro stessi che aspiravano alla successione d'un testatore, in difetto d'altro titolo legittimo, presero le armi della calunnia. (1) Giustiniano corresse l'iniquità di siffatte leggi, restrinse i diritti del fisco, ed abolì in molti casi le cause presunte d'ingratitudine e d'indegnità (2). Gli espositori del diritto Giustiniano temperarono la nuova giurisprudenza alla forma dell'equità; e finalmente gli umani e liberali costumi delle moderne nazioni rifiutarono molti degli antichi motivi d'indegnità, per modo che questo diritto tornò a quel principio primitivo d'onde un fine secondario aveva fatto allontanare. Per effetto di questo successivo riforma, operate parte dalle leggi scritte e parte dalla consuetudine, in tutti i motivi d'indegnità, dipendenti da delitto verso il defunto, debbono concorrere due qualità; l'una che le azioni sieno per loro stesse punibili, l'altra che sieno tanto manifeste, quanto d'essere ogni delitto, a cui vuolsi applicare una pena. Or dunque le antiche leggi debbono esser lette e interpretate in modo, che tutta la parte limitativa di questo odioso diritto sia rigorosamente osservata; e quella che altra volta lo ampliava sia ristretta giusta il senso della giurisprudenza ricevuta.

In terzo luogo, delle ingiurie commesse da' figli contro a' genitori loro dee giudicarsi specialmente colle limitazioni fatte dall'imperador Giustiniano al diritto della direddazione; perciocchè quegli stessi motivi che la legge ha dichiarato sufficienti a direddare, servono a dichiarare indegni gli eredi, dove la voce del testatore non ha potuto manifestarsi. Laonde non solamente convie che i motivi d'indegnità entrino in una di quelle cause determinate dalla novella 113, e dalle note autentiche *non licet et in testamento*, rimossa ogni

altra causa d'ingratitudine, e qualunque arbitrio del giudice; ma è altresì necessario che il testatore l'abbia giudicata tale; per modo che dove questi, potendo farlo, non abbia direddato il figlio, o rivoche il testamento precedentemente fatto, cessa interamente il misterio della legge, e con esso il diritto dell'accusa (3).

Da ultimo per non confondere gli effetti legittimi, i quali nascono dalla diversa qualità delle persone è necessario distinguere gl'*indegni* dagl'*incapaci*. All'indegno si toglie quello che per diritto sarebbe capace d'acquistare; laddove l'incapace non è mai annoverato fra i successori legittimi (4); per modo che l'incapace è escluso da colui a cui la legge dà il diritto a succedere, mentre l'indegno è privato dal suo diritto in pena di un delitto, a cui la legge stessa ha annesso la privazione della eredità.

Or il diritto di privar della eredità l'indegno è stato per lungo tempo esercitato dal Fisco, senza che formar potesse materia d'azioni pe' congiunti. *Sed quid si fiscus non auferat, venientes autem ab intestato, vel alii coheredes opponant illum esse indignum, et relictum auferre contentant: dic eos non esse exaudiendos, quia fisci jus, et actio est, non privati. Glossa celebris in l. his consequenter §. primo D. fam. l. c. circ.* per quam sic determinavit Baldus consil. 480 num. 4 in f. (5). Una consuetudine più umana, introdotta in tutti i paesi della colta Europa ha derogato alla legge, ed ha messo in luogo del Fisco gli eredi legittimi. Si che costoro agiscono collo stesso diritto dell'autor loro (6).

Premesse queste cose convien discendere al particolare delle leggi sulle quali è fondata la materia della indegnità.

(1) *F. Schulting. Jurisprud. vet. ante Justinian. p. 617*

Ulpian. Fragm. XVII. 2.

L. 1. et 3 De his quae ut indign.

(2) *V. tit. C. de Ed. D. Hadrian. toll.*

L. ult. C. de revoc. donat.

Nor. 113. Cap. 3.

(3) *V. Novell. 113.*

Auth. non licet C. de lib. praeter.

Auth. in testamento C. ad S. C. Tertull.

Gudelin de Jure noviss. lib. 2 cap. 17.

(4) *L. 1. C. de indign.*

L. his consequenter §. 1. D. fam. l. c. circ.

(5) *Peregrino de Jure Fisci lib. 3. tit. 19 num. 24.*

V. de Francis decis. 133 n. 24 e decis. 213 n. 18.

Montano de Regal. Tit. Bona quae ut ab indign.

(6) *Voet. ad Tit. de his quae ut indign. in fin.*

La legge 3. *D. de his quae ut indignis auferuntur* dichiara indegno chi per colpa o negligenza accelera la morte del testatore. Essa è così concepita: *indignum esse Divus Pius illum decrevit (ut et Marcellus libro duodecimo digestorum refert), qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per negligentiam et culpam suam mulier a qua heres institutus erat, moreretur*. Tre cose dunque si richiegono, la colpa, l'intenzione, ed il maggior grado possibile di certezza nella prova del fatto. Ed avvedutamente la legge ha così disposto, perciocchè mancando una sola delle divise circostanze ogni fatto colposo avrebbe potuto essere qualificato come delitto d'indegnità. Diremo anche di più, che diversa è la natura delle azioni punibili al cospetto della legge, e di quelle che possono meritare la disapprovazione o la privata censura degli uomini, in guisa che non tutte le azioni riprensibili o immorali possono esser denunciate al giudice o qualificate come delitto. Che so tutti i fatti privati degli eredi, i quali odorano l'ingratitudine potessero essere riguardati come motivi d'indegnità, tranne pochi, non sarebbe al mondo testamento, che non fosse esposto a divenir caduco.

Ciò posto ritorniamo ora a' requisiti che l'azione nascente dalla legge de' avere. Per quanto concerne la negligenza e la colpa, tutti gl'interpreti del diritto le hanno esemplificate pel seguente caso: negligenza dell'erede è se non abbia adoperato il medico: colpa è se abbia chiamato un cattivo medico, acciòchè il testatore morisse (1). Tanto è vero dunque che insieme col fatto della negligenza o della colpa debba concorrere il fine, che è l'abbreviar la vita al testatore, d'onde segue che non si potrebbe applicar gli stessi principi al caso in cui l'erede fosse reo soltanto di parole e non di azioni tendenti ad abbreviar la vita del testatore.

Del rimanente qualunque sia la taccia

di cui l'erede potesse essere accagionato, fosse anche colpevole di una mortifera negligenza, non si potrebbe di essa giudicar diversamente da quello che giudicò il testatore. L'imperador Giustiniano riconobbe questo come uno de' casi della direddazione (2). E comechè nella novella parlisi del solo furioso, purtuttavolta per una parità di ragione, la disposizione della legge è stata estesa a tutte le altre specie di morbi, quando l'erede scritto abbia negletto con sinistro fine la vita del suo benefattore. Ma per conciliare insieme il diritto della direddazione e quello della indegnità è necessario distinguere due casi, che sono, se il testatore sopravvive al morbo, ovvero finisce di vivere. Se sopravvive, la colpa dell'erede può esser punita colla direddazione; se muore diviene essa un motivo d'indegnità. *Si quis*, dice la Novella, *de praedictis parentibus furiosus fuerit, et ejus liberi, vel quidam ex his aut liberis ei non existentibus alii ejus cognati, qui ab intestato ad ejus hereditatem vocantur, obsequium ei et curam competentem non praebuerint, si quidem a tali sanatus fuerit infirmitate, erit ei potestas, utrum velit negligentem filium vel filios aut cognatos ingratum vel ingratos in suo scribere testamento*. (3). E qui velsi notare che Giustiniano parla del furioso, cioè del caso d'una intiera alienazione di mente; e comechè difficil fosse non solo il ritorno alla sanità della mente, ma anche il ritenere la memoria dell'offesa ricevuta; pur tutta volta richieso di necessità che il testatore istesso fosse l'accusatore della ingratitudine. Ma non fa d'uopo d'argomenti dove la legge ha stabilito un precepto positivo qual è quello contenuto nella *L. omnimodo C. de inofficioso testamento*. In questa legge l'imperadore volendo ovviare alla frequenza de' casi po' quali rompevansi i testamenti, diede a' figliuoli il diritto di domandare il supplimento della legittima, colla sola limitazione che

(1) *V. Gloss. ad L. 3. de his quae ut indig.*

Lujac. ad d. l. T. 2. pag. 1064. T. 7. pag. 1481 T. 8. pag. 394 Ediz. Napol.

Voet. in Pandect. ad Tit. de his quae ut indig. n. 6.

(2) *Nov. 113.*

(3) *Cap. si quis Nov. 113.*

segue: *si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit. Nam si nullam eorum quasiingratorum fecerit mentionem, non licebit ejus heredibus ingratos eos nominare, et hujusmodi quaestionem introducere.* Adunque dopo il diritto Giustiniano non si dà luogo ad azione d'ingegnità contro agli eredi scritti nel testamento, se non nel caso che il testatore istesso gli abbia dichiarato ingrati; e quanto a figliuoli non può valere altra specie d'ingegnitudine, se non quella determinata per la novella.

Quando dunque si desse il caso, che il testatore o non sopravvivesse al morbo, nel quale avvennero le cause d'ingegnità, o sopravvivendogli non manifestasse la ingegnitudine dell'erede; ma invece, lasciando scorrere una lunga infermità, scrivesse poco tempo prima della morte il testamento nel quale chiamasse alla successione l'erede, converrebbe dire che o l'erede non sia reo d'ingegnitudine, o se fu reo il testatore generoso glielà rimise, tostoche non si valse della facoltà di diredarlo.

IV.

La legge 9. § 4. D. *de his quae ut indignis* dichiara indegno colui che abbia con atroci ingiurie oltraggiato il testatore. Questa legge parla delle inimicizie capitali, surte per accusa parimenti capitale, che il legatario o l'erede avesse promosso contro al testatore. Indi tra diversi casi d'inimicizie pone anche quello delle atroci ingiurie: *Sed etsi palam et aperte testatori maledixerit, et infaustas voces adversus eum jactaverit, idem erit dicendum.*

Per la retta intelligenza di questa legge è necessario premottere, che non trattasi in essa d'ingiurie verbali, ma di libelli famosi, i quali offendevano in un modo permanente e pubblico la reputazione dell'ingiuriato. I caratteri di questa sorta d'ingiurie, allo quali era annessa la pena capitale, sono fissati dalla legge unica del codice al titolo *de famosis libellis*, e dalla legge quinta al titolo del digesto *de injuriis*. Se alcuno avesse composto o pubblicato un libro, un poema o una storia, predisposta col fine d'infamare alcuno, era reo di famoso libello (1). Nè solamente era soggetto alla pena capitale, ma diveniva incapace di far testamento (2); sì che per una disposizione conseguente della legge medesima, colui al quale era vietato disporre delle cose sue,

diveniva altresì incapace di ricevere qualunque cosa per altrui disposizione.

Che la legge in quistione sia scritta nel senso sopra esposto, dimostrasi non meno per le parole stesso del testo, che pel concetto fattone da' più chiari interpreti del diritto romano. Le parole *palam et aperte* indicano quella pubblicità permanente, che non può mai incontrarsi nelle ingiurie verbali. In fede di che basterà citare l'autorità di Cuiacio, il quale commentando l'anzidetta legge esemplifica a questo modo le ingiurie, dallo quali può nascere l'ingegnità del legatario: *Si legatarius convicium aliquod grande jactaverit in testatorem, ut versus obscenos* (3).

Le ingiurie non gravi non producono lo stesso effetto delle capitali per espresa disposizione di legge: *Sin autem levis offensae, manet fideicommissum* (4). E le stesse ingiurie capitali se sono seguite dalla riconciliazione, cessa l'azione d'ingegnità, dappoichè la legge lungi dal fomentare gli odi dee adoperarsi ad estinguerli. *Quod si iterum in amicitiam redierunt, et pacituerit testatorem prioris offensae; legatum vel fideicommissum reintegrotur. Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* (5). Un argomento di riconciliazione è il silenzio dell'offeso, se questi poteva par-

(1) *V. leg. un. C. de famos. libell.*
L. 5. § *si quis librum et seqq. D. de injuriis.*
(2) *D. l. 5. de injur.*

L. ob earmen 21. D. de testib.
(3) *Cujac. T. 9. pag. 1488 cd. Neap.*
(4) *L. 3. § ult. D. de adm. legat.*
(5) *L. 4. D. de adm. legat.*

lare e non l'ha fatto, dottrina che è fondata sull'autorità della legge *Divus Marcus D. ad S. C. Syllanianum. Divus Marcus et Commodus Pisoni rescripserunt in haec verba: cum constiteris upud te Pisonem charissime, Julianum Donatum postea quam conterritus adventu latronum profugerat, in villam tuam vulneratum esse, mox testamento facto purgasse officium servorum suorum, nec pietas pro servis, nec sollicitudo heredis obtinere debet, ut ad poenam vocentur quos ipse dominus absolvit*. E però la purgazione per lo silenzio dell'offeso è stata da tutti gl' interpreti del diritto ammessa come uno de' legittimi modi, pe' quali si estinguono i motivi d' indegnità (1); che anzi questa teoria fu spinta tanto oltre, che volle persino estendersi alle ferite mortali ed agli omicidi. Il chiarissimo Anton Mattei impugna una siffatta dottrina per la ragione, che dove il delitto debba esser perseguitato dalla pubblica vendetta, non basti il silenzio, siccome non è sufficiente il consenso dell'offeso ad estinguerlo (2). Ma questa ragione istessa conferma che la purgazione ha luogo, semprechè il rimettere l' offesa dipenda dalla volontà di colui, che l' ha ricevuta.

Con questo diritto è stato giudicato il Fisco per tutto il tempoin cui solo poteva promuovere l'azione d' indegnità; sì che adottandosi oggi una diversa teoria, renderebbesi quella più dura ed odiosa che non è stata nel periodo del massimo suo

rigore. *Offensus a successore suo, non revocando testamentum, vel illum non exaercedando, videtur injuriam remisisse. Cum vero offensa contigit post illius mortem, quo tempore defunctus non habet nec velle nec nolle, aequissimum fuit, ut lex subveniret adversus ingratos, ut formidine poenae in officio maneat* (3).

Ma anche in questo caso bisogna ricorrere al diritto Guistiniano che riguardò le sole ingiurie atroci, come causa d' ingratitudine, e volle per queste come per ogni altra offesa, che il padre facesse di esso menzione nel testamento. *Si gravem et inhonestam injuriam eis ingesserit*, dice la novella (4); il che è più delle parole *palam et aperte maledixerit*; ma sia quale si voglia il caso delle ingiurie, si riende per esso nella necessità, che il testatore stesso le abbia giudicate degne della direddazione, e non le abbia rimesse col silenzio.

Quindi dalle cose dette si rileva che secondo la citata legge non si potrebbe dichiarar capitali le ingiurie verbali non dette pubblicamente, ma profferite tra le domestiche pareti: non si potrebbe non aver come purgato l'erede, quando il testatore generosamente rimetta col silenzio le offese ricevute: non si potrebbe privar l'erede della successione per una presunta causa d'ingratitudine diversa da quella che la legge ha determinato.

V.

Ma oltre i motivi d' indegnità già discorsi possono esservene altri posteriori alla morte del testatore fondati o sull' oltraggio arrecato all'atto che contiene l'ultima volontà del defunto, dichiarando falso il testamento; o nell'onta fatta alla memoria del testatore, contraddicendo a' suoi voleri, operando quello ch' ei non voleva si facesse, come sarebbe il caso che l'e-

rede chiamasse alla partecipazione della successione alcuno, dal testatore dichiarato indegno e però direddato.

Si vuol premettere che per diritto l'accusa di falso, la quale faceva decadere l'erede dal beneficio del testamento, non era già la privata manifestazione della opinione di costui, ma un formale giudizio introdotto e proseguito insino al suo ter-

(1) *V. Bartol. ad l. 3. § fin. et ad l. 4. de adm. legat.*

Baldus ad l. id quod pauperibus C. de Epis. et Cleric.

Mantica de Conject. ultim. volunt. lib. 12 tit. 5 n. 18.

(2) *V. Gomes. Diss. 3. cap. 3 n. 31. Farinae. quaest. 120 n. 48.*

Matthaei ad lib. 48 tit. 5. cap. 4.

(3) *Peregrino de Jure Fisci, lib. 2. tit. 8. n. 9. et lib. 3. tit. 13. n. 9.*

(4) *Nor. 155. § Causas.*

mine, per lo quale fosse stato l'erede convinto e condannato come reo di calunnia. Tanto è ciò vero quanto, se l'erede scritto, dopo avere accusato di falso il testamento, avesse desistito dal giudizio, non era per tal fatto giudicato indegno della testamentaria successione. Che anzi se transatto avesse circa la querela di falso, la transazione era valida. Dimostriamo questa proposizione, dopo la quale sarà facile lo svolgere il retto senso delle leggi che si suole a questo proposito citare ed inesattamente interpretare.

Le leggi romane vollero ovviare all'artifizio di coloro, che per frodare i legatari, preferivano il titolo di eredi legittimi a quello di testamentari; per modo che dove essi rinunziato avessero a questo fine, cessava immediatamente l'ufficio della legge. E però se alcuno avesse accusato di falso i codicilli e non il testamento, e fosse stata l'accusa dichiarata calunniosa, decadeva dal beneficio di quelli e non di questo; e se di due codicilli avesse accusato uno solo di falso, ed accettato l'altro, decadeva dal primo e non dal secondo (1). La legge dunque non intendeva vendetta dell'ingiuria fatta al testatore, ma mettendo una giusta misura di reciprocazione tra la causa e l'effetto, privò del beneficio del titolo coloro che avevano procurato di annullarlo. Che se così non fosse, non avrebbe permesso il transigere circa la falsità del testamento o del codicillo, siccome chiaro il dimostra l'esempio della legge 2. C. *de his quae ut indignis*, della quale faremo qui appresso l'esame.

Ma qualunque fosse stato il fine della legge, non può senza nota di errore riversarsi in dubbio che per incorrere la pena della indegnità, richiedevansi non solamente l'accusa giudiziaria, ma la perseveranza nella medesima, insino al termine del giudizio, e alla condanna che dichiarasse calunniosa l'accusa. Gli stessi requi-

siti esigevansi nella querela d'infelice testamento, diritto affine a quello della indegnità: *Ei demum auferitur quod testamentum datum est, qui usque ad sententiam iudicium lite improba perseveraverit. Caeterum si ante sententiam desistit, vel decessit, non ei auferitur quod datum est* (2). E Gordiano nella l. 8 C. *de his quae ut indignis*: *Alia causa est ejus, qui falsi instituti accusatione, ad finem usque quod insinulabat perduxit, et contrariam sententiam meruit; alia ejus qui inchoatam accusationem non pertulit; cum in illius quidem partem succedat fiscus; hic autem qui contrariam iudicis sententiam non sustinuit, suae partis non perdat persecutionem* (3). Or le parole della legge *qui improba lite perseveraverit* han somministrato agl' interpreti l'argomento, che se l'accusa non fosse stata suggerita da un perverso fine, qual è quello di defraudare i legatari, e fosse fondata sopra plausibili e probabili motivi, comechè l'attore fosse perditor nel giudizio di falso, non però diveniva indegno della successione. Nè sono mancati uomini di gravissima autorità i quali hanno stimato essere stata affatto rievocata dall'uso la pena della indegnità, comunque la querela di falso fosse dichiarata calunniosa (4). Atteniamoci noi all'opinione più rigida, e diciamo che la condanna d'indegnità è rimasa tra noi come pena solamente della dolosa e temeraria querela di falso (5). E però sia pur lecito rifiutare l'opinione da alcuni giureconsulti manifestata che sia più grave male l'accusar privatamente di falso il testamento che denunziarlo al giudice, perchè si toglie il mezzo di mostrare la verità di esso. Siffatta sentenza è stata attinta dalla ragione non già della legge ma del giudice, imperciocchè se vera fosse non permetterebbe la legge che l'attore potesse desistere a mezzo corso del giudizio.

(1) L. 3. § non idem et l. 13 D. *de his quae ut indignis*.

(2) L. 8. § 14. *de inoff. testam.*

(3) Vedi anche la l. 24 D. ad l. *Cornelianam de Falsis*, e l. 22. D. *de inoff.*

testam.

(4) F. Groenewegius ad L. 6. C. ad L. *Corn. de falsis*.

(5) F. Voet ad tit. *de his quae ut indignis aufer.*

VI.

La legge 2. C. de his quae ut indignis dichiara indegno chi accusi il testamento di falsità; e dal suo stesso testo si deduce che non si possa tal disposizione applicare se non verificandosi tutte le condizioni ivi espresse, ed in quelli stessi termini che la legge ha stabilito. La qual cosa prova evidentemente contro la sentenza di coloro, i quali avvisano potersi quella estendere a tutti i casi, ne quali l'erede dica nullo il testamento e preferisca la successione intestata alla testata, niente badando alla causa ed a' modi di tal rifiuto. Il caso è il seguente: Furono in un testamento istituiti quattro eredi, Polla, il suo fratello impubere, ed altri due eredi estranei. Polla volendo rimuovere costoro, o succedere insieme col fratello suo *ab intestato*, accusò di falso il testamento. Indi transigette la lite con gli estranei, e quindi a poco si morì. Il pupillo succedette a lei. Il tutore vuole anch'esso accusare di falso il testamento e domanda se possa farlo tanto per la porzione propria quanto per quella di Polla della quale era stato transatto. Rispondono gl' Imperadori Severo e Antonino, che il può, purchè si rammentasse, che se non avesse ottenuto sentenza favorevole, perduto avrebbe l' eredità. Le parole della legge sono: *potes experiri dum meminris, si in causa non obtinueris, te portionem quam ex eo testamento pupillus habet ei ei saltem facturum (quam adimi pupillo necesse erit, secundum iuris formam) et de calumnia etc.*

Da questa legge si può varie conseguenze dedurre.

L'accusa di falso de'essere fatta in giudizio.

Dall'accusa si può desistere.

Può transigersi circa l' accusa, comechè per la transazione rimanga in sospeso la veracità del testamento.

La privazione dell' eredità si verifica, quando il giudice abbia dichiarato calunniosa l'accusa (1).

E questo principio della precisa applicazione, quando trattasi di accusa contro a testamento, vien sostenuto da due altri argomenti validissimi che somministra la l. 4. D. de his, quae ut indignis. Ulpiano rammenta quivi, e conferma un responso di Papiniano: *Papinianus lib. V. quaestionum ait, si quis unum heredem, quasi per falsum adscriptum accusavit, legatum ei non auferri a coerede relicto, quem non inquietavit.* Il caso della legge è il seguente: Tizio istituì due eredi, e gravò ciascuno de' due d'un legato a pro di Mevio. Questi accusò uno degli eredi d' essersi fatto falsamente iscrivero nel testamento. Si domandò se perdesse uno de' legati ovvero entrambi. Gl' interpreti, quanto all'erede accusato, aggiungono la condizione sempre necessaria *si legatarius non obtinuerit* (2); e circa l'altro coerede risponde il giureconsulto, non dovere il legatario esser privato di quel legato, che dee pagare colui che non è stato molestato.

Adunque non ci ha pena di privazione, dove non intervenga sentenza, la quale dichiari calunniosa l' accusa. E se l' accusa contra uno degli eredi non fa decadere l' accusatore dal legato dovutoagli dall'altro coerede, non può per conseguenza negarsi che la legge punisca non l'ingiuria fatta al testatore, ma il danno che voleva farsi a coloro, i quali aspettano il beneficio del testamento.

VII.

L'indegnità può fondarsi non solamente sull' accusa di falsità e sull'oltraggio che si arrechi alla memoria del defunto; ma sopra altri motivi ancora, poggiati sulla contravvenzione alla volontà del testa-

tore in più modi manifestata. Così, la legge 4. D. *si quis omitta causa testamenti* pronunzia una voce d'indignazione contro chi usi circonvenzione alla volontà del defunto, onde raccorre il frutto della

(1) *V. gloss. ad leg. 2. et Baldum ad lib. VI Cod. in leg. 2.*

(2) *V. Cujac. T. 4. pag. 117. Ed. Neap.*

eredità, ed evitare i carichi che gli sono imposti. L'editto del pretore si *quis omissa causa testamenti* era indiritto al fine di ovviare alle malizia di coloro, che per frodare i legatari dal beneficio de' testamenti, dichiaravano voler succedere *ab intestato*. Or la legge quarta, disopra citata, non è se non un caso contenuto nella legge terza. In questa si propone: se l'erede mediante prezzo ricevuto dal sostituto, abbia abbandonato l'eredità, onde succedesse egli in luogo dell'istituto, dee darsi l'azione a' legatari. Risponde il Giureconsulto affermativamente. Indi soggiugne nella legge seguente: *Si quis pecuniam non accepit simpliciter, aut omisit causam testamenti, dum vult praestitum ei qui substitutus est vel legitimo: numquid locus non sit edicto?* Risponde il giureconsulto: *plane indignandum est, circumventam voluntatem defuncti: et ideo si liquido constiterit in necem legatariorum hoc factum, quavis non pecunia accepta, sed nimia gratia collata; dicendum erit locum esse utili actioni adversus eum qui possidet hereditatem.*

Or questa legge presuppone che l'erede per ispeculare contro a' legatari abbia abbandonato la causa del testamento, nel quale caso l'insidia che si è tesa alla volontà del testatore, incorre l'indignazione della legge e del magistrato.

Delle stessa natura è la causa contemplata nella legge 18 *D. de bonorum possessione contra tabulas*, per la quale è privato anche del legato e delle donazio-

ne per causa di morte chiunque domandi il possesso de' beni contro il testamento. E qui conviene rammentare per la retta intelligenza della citata legge, che il possesso de' beni *contra tabulas* fu un beneficio concesso dal pretore a' figliuoli emancipati che fossero nati dal padre loro preteriti o diredati. Tolta essendo di poi la differenza tra i figliuoli suoi e gli emancipati, non che quella fra gli *agnati* e i *cognati*, questo rimedio si confuse con quelli dati dal diritto novissimo ne' casi di preterizione, o d'ingiusta direddazione (1). Ciò non pertanto allorchè il magistrato in questi casi annulla il testamento, è permesso dissettare circa gli effetti, colla guida delle ordinazioni, altra volta nell'editto contenute. Uno degli effetti della nullità era che i legni cadessero insieme col testamento. Ma pure questa regola era soggetta a varie limitazioni, delle quali una era che i legati fatti a' genitori ed a' figliuoli fosser dovuti, e questo per un giudizio di equità che la legge presupponeva nel testatore se questi avesse potuto antivedere la sorte del testamento (2). L'eccezione era pur tuttavia limitata da un'altra contraria eccezione, se il beneficio de' legati tornasse a pro delle persone stesse, che averan domandato ed ottenuto il possesso de' beni: *Et qui contra tabulas bonorum possessionem accepit, tam legati quam fideicommissi exactio, sed ex mortis causa donationis retentio denegatur. Nec interest per semetipsos, an per alium quaeratur.*

VIII.

Sono questi i pochi testi di legge che ci eravamo proposti di qui riportare, intorno a' quali sovente è intervenuto di dover dissettare nelle quistioni d'indignità, la cui soluzione si è voluto ottinere a' fonti dell'antico diritto. Svolto in questo modo il loro fine ed il pensiero avuto nel detterli sarà logicamente dedotta la conseguenza di non potersi a

buon diritto estenderne l'applicazione a tutti gl'infiniti casi possibili, senza contravvenire a' principi della retta interpretazione nello esercizio di un'azione di sua natura odiosa. E però, senza uscire dagli esempi proposti, quando non si trovi, da parte dell'erede, nè accusa di falso contro il volere del testatore, nè querela d'invalido testamento, nè do-

(1) *F. Novell. 115.*

Novell. 118.

Finnio ad § Instit. de exhered. li-
beror.

Paulus Foet ad dict. §.

(2) *L. 1. de legat. praestand. contra*
tab. poss. peti.

L. 1. C. de bonor. poss.

manda di possesso di beni *contra tabulas*, nè ahbandeno d'eredità coll'animo di frodare alcuno de' legatari, che sono i vari casi in quelle leggi contemplati; non si potrà certamente supplire a tali condizioni mancanti, per mezzo d'induzioni e di conghietture, o sostituire all'espresso il presunto desumendolo da qualunque altro atto dell'erede per fulminare così contro di lui una nota d'indegne. Questo qualunque siasi altro atto, dal quale apparisca avere l'erede modificato la volontà del defunto dee essere giudicate per quelle che realmente presenta, e per la più onesta intenzione, non esclusa l'idea di una transazione che egli avesse fatta rendendo ragione a se stesse e non ingiuriando alcuno, ma comunicando con altri i propri diritti. Ed allora la quistione si presenta sotto un altro punto di veduta. Se l'erede scritto non può senza pericolo adire l'eredità in forza del testamento, può da essa astenersi, senza incorrere nelle pene di coloro, che disprezzano la volontà del defunto?

Siffatta quistione è risolta da un bel responso del giureconsulto Papiniano: *Filius pater quem in potestate retinuit*

heredi pro parte instituto, legatum reliquit. Durissima sententia est existimantium, denegandum ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate. Non enim impugnatur iudicium, ab eo qui iustis rationibus noluit negotiis hereditarius implicari (1). La sentenza di Papiniano come attinta da' puri principi del diritto, piacque tanto a' giureconsulti romani, che servi di norma a molti altri casi simili; e però fu applicata anche al figliuole emancipate, ed alla figliuola che rinunziò alla eredità della madre, e che non pertanto ne ottenne il legato (2).

Per le quali cose, lasciando stare che regola in tali giudizi debba essere il principio della equità, la cui utilità è stata già innanzi accennata; si vuole almeno in materia tanto delicata, porre bene mente alla disamina de' principi ed alle regole interpretative del diritto, affinchè non s'incorra nel danno gravissimo non solo di ammettere azioni ingiuste contro eredi che non abbiano nulla commesso per meritarselle, ma ancora di rievocare in dubbio, dopo lungo volgere di anni, ed annullare que' diritti che i terzi fondandosi sopra titolo saldissimo, abbian potuto acquistare.

(1) L. 87. D. de Legatis 1.

(2) L. 89. D. de Legatis 1.

L. 12. C. de. Legat.

DISSERTAZIONE III.

DELLA RIVOCAZIONE DELLE DONAZIONI PER SOPRAVVEGGENZA DI FIGLIUOLI
SOTTO L'IMPERO DELL'ANTICO DIRITTO.

I.

Interpretazione della legge si unquam.

Al tempo delle nostre antiche leggi era una dottrina divulgata nel foro, che la legge scritta per le donazioni de' patroni a' liberti, fosse per parità di ragione comune alle donazioni d'ogni altra persona, quando il donante *de liberis non cogitasset*. Ed una tal dottrina nacque insieme con le scuole del diritto, e non fu se non per sovrabbondanza illustrata no' due egregi trattati di Andrea de Tiraqueau e di Francesco Ripa, i quali scrissero nello stesso tempo intorno alla medesima materia, e scontraronsi nella maggior parte delle loro sentenze. Gli argomenti de' quali costoro si valsero per applicare al genere ciò che la lettera del testo disposto aveva per la specie, furono tratti non meno dal senso della legge, che dalle note de' primi interpreti o chiosatori, sulla opinione de' quali la pratica ne aveva già fissato la vera interpretazione. E però lo stesso Tiraqueau, dopo avere esposto la doppia sentenza degl'interpreti da' quali era stato preceduto, di quelli cioè che traevano l'interpretazione dalla lettera, e degli altri che la ricavano dalla mente della legge, soggiungo: *At alia opinio humanior est et receptior, ut jam diximus, et asserunt etiam multi ex iis qui priorem sequuntur, et eam practica et usus ita mordicus retentat ut ab ejus fineibus erueri nema queat: ideoque sequendam et consulendo et judicanda arbitramur, sicuti etiam id faciendum autumant plerique ex iis qui sunt priores illius sententiae* (1). Ciò non pertanto è dell'ufficio del giure-

consulto l'indagare le ragioni delle cose, ed il dichiarare la pratica per la interpretazione, nel che è sommamente commendevole il trattato di Tiraqueau, di cui non è forse altro, nè più ornato di saper legale nè più condito di varia e moltiplice erudizione.

Gli argomenti de' quali hanno fatto uso gl'interpreti sono in primo luogo ricavati dalla ragione o sia dal fine della legge. Il patrono aveva donato a' liberti tutti i beni suoi, o una parte di quelli, mentrechè non aveva figliuoli e non pensava averne. Essendo questi sopravvenuti non si può presumere che avesse egli voluto preferirli gli estranei alla propria prole. La ragione dunque della legge fu generale; laddove la sua disposizione fu particolare, perchè il legislatore rispose al caso che gli si offerse. Quindi parve ai giureconsulti, che quando venissero in contrasto tra loro le parole e la mente della legge dovesse la seconda prevalere alle prime per la massima: *non oportet verba (juris civilis) capere, sed qua mente quid dicatur animadvertere* (1), e per l'altra ancora: *in legem committit qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem* (2), o per quel precetto generale del maggiore de' retori e degli oratori: *non amma scriptis, sed quaedam quae perspicua sunt, tacitis exceptionibus caveri: nullam rem neque legibus neque scriptura ulla, ne in sermone quidem quotidiana atque imperiis domesticis recte posse administrari, si unusquis-*

(1) Andr. Tiraquellii Tractat. ad L. si unquam n. 74.

(1) L. 19 D. ad exhib.

(2) L. non dubium C. de leg.

que velis verba spectare, et non ad voluntatem ejus qui verba habuerit, accedere (1).

In secondo luogo la legge *si unquam* parte da una conghiettura di paterna carità, dalla quale le leggi romane ricavarono una presunzione di diritto. Un uomo che disponga delle cose proprio pe' discendenti suoi, ed in un secondo ordine di liberalità sostituisca estranei o persone a se meno caro de' figliuoli, non pregiudica al diritto di costoro se mai sopravvengano. La legge pone i figliuoli in luogo degli estranei *conjectura pietatis*, o sia interpreta la mento o non lo parole del padre. Questo è il fondamento delle due rinomatissime leggi: *quum avus D. de cond. et demonstr.*, e *quum acutissimi C. de fideicom.* Ivi in somma la legge presuppone una tacita condizione, la quale regge la liberalità usata all' estraneo, *si filios non habuero, vel si filius meus filios non habuerit*. Ora se la legge interpreta a questo modo la mente contro alla lettera della manifestazione della volontà, perchè non dee il giureconsulto al modo stesso interpretarlo la legge? Dovunque è parità di ragione de' essere parità di diritto (2).

Per l'opposito gli autori della contraria sentenza fondaronsi sopra due ragioni, dellu quali una non è degna di giureconsulti, l'altra è contraria allo stesso loro assunto. La prima è che il caso della legge sia particolare e non generale, di che si è già detto abbastanza: la seconda si è che la rivoceazione della donazione nel caso del liberto era una conseguenza de' meriti e degli uffizi che il diritto civile aveva stabilito tra patroni e liberti. Ma quanto maggiori erano i vincoli tra'l donatore e i donatari, tanto più s'infievolisce il motivo di rivoceare la liberalità dell'uno verso degli altri. Imperciocchè o nessun altro affetto può venire in comparazione con quello de' figli, o se ve n'ha alcuno che

possa quello bilanciaro, nessuno se ne trova più sprovvisto dell' estraneo, a rispetto del quale trovasi il solo animo di donare senza altra cagione sufficiente. Or a questa obbiezione appunto rispondendo Struvio, osserva: *Si namque restrictiva de liberto ageret lex, haec foret ratio, quod iniquum videatur libertum qui ingens beneficium accepit a patrono, res donatas quasi praecipere liberis sui patroni. Verum haec obtinet etiam in liberis jam natis. Quaerenda igitur alia solum liberis non dum natis, de quibus lex agit adaequata. Ea vero non alia erit, quam haec quod voluntas donantis fundata fuerit in defectu liberorum. Natis igitur postea liberis cessat illa voluntas, et potius illius velle liberos post susceptos rem habere, nec donatum finire, si de liberis cogitasset, pietatis ratio dictat l. quum avus, et quum acutissimi (3).*

Più grave è stata la discttazione degli'interpreti intorno alle eccezioni della regola, o più nilo per conseguente è il consultargli circa i temperamenti fatti alla legge *si unquam*.

E qui ampia materia si troverebbe al ragionare, perocchè infinite sono le questioni che su tale argomento si promuovono. La rivoceazione introdotta in favor de' figliuoli non ancora nati, ha luogo nelle donazioni fatte ad altri figli? ha luogo nelle donazioni fatte per causa pia? ha luogo nelle donazioni tra coniugi? ha luogo nelle donazioni fatte per contemplazione di matrimonio? v'ha differenza tra il matrimonio proprio o l'altrui? v'ha differenza tra le donazioni semplici e le onerose? v'ha differenza tra le diverse specie delle onerose, come le remuneratorie e quelle fatte *ob causam*? comprende la legge le sole donazioni universali o le particolari ancora; e se comprende anche le particolari, quale sarà la misura che distrugge le une e fa salve le altre? comprende le sole donazioni tra vivi o anlie

(1) *De invent. rhet. lib. II cap. 47.*

(2) *Tiraquell. ibid. n. 76 e seg.*

Ripa in l. si unquam quaest. 11.

Ruinus Consil. 107 lib. 1.

Cujac. observat. lib. XX cap. V et ad Tit. 55 C. lib. VIII l. si unquam.

Jul. Clari sentent. lib. IV § Donatio

quaest. 22.

Pachin. Controv. lib. III cap. 83.

Brunemann. ad lib. VIII. C. in l. si unquam.

Perez. Praelect. ad Tit. 56 C. lib. VIII.

(3) *Struvii Syntagma jur. Civ. Exerc. 40 lib. 39 Tit. 5 de donat. § XVI.*

quelle per cagion di morte? comprendo le sole donazioni propriamente dette, o anche i contratti a quelle affini, come le vendite fittizie, le cessioni, le rinunzie? Ma tra questo stuolo di quistioni secondarie, che chi ne avesse talento potrebbe trattar tutte e particolarmente, noi sceglieremo due soltanto, tra perchè le altre

sono state tutte decise per l'affermativa, e perchè quelle intorno alle quali si è più discettato riguardano appunto l'applicazione della legge *si unquam* alle donazioni onerose, ed a quelle altre donazioni velate che si contenevano nelle rinunzie, in considerazione dell'agnazione e de' diritti di primogenitura.

II.

Applicazione della legge alle donazioni onerose.

Delle donazioni onerose la maggiore è la remuneratoria, la quale può essere riguardata, meno come donazione, che come *voluzione* o *permutazione*, quando si presupponga che invece di una materiale estimazione abbia il donante voluto ricompensare il donatario del prezzo dei servizi ricevuti. Ma non ogni donazione può acquistare il carattere di remuneratoria, sol perchè sia piaciuto alle parti così denominarla; siccome non ogni sorta di prezzo rende commutativo il contratto. E però sebbene in punto di diritto molti interpreti abbiano affermato non essere le donazioni remuneratorie soggette al rimpedio della legge *si unquam*, hanno ciò non pertanto subordinato la quistione di diritto a quella del fatto, per quanto cioè sia dimostrata la verità ed il valor de' meriti che allegansi come causa della donazione. In conferma di che Antonio Fabro dopo aver detto che la preta remuneratoria non può propriamente dirsi una donazione, soggiunge: *nimirum quatenus accepti beneficii ratio remunerationis causam admittit; probatis aestimatisque in eam rem praecedentibus meritis, ne alioqui remunerationis quaesitus color legi fraudem afferat* (1). Cotesta limitazione fa sì, che convenga prima torre ad un contratto di tal sorta il nome di donazione ed indi sottrarla agli effetti della legge *si unquam*; anche perchè ogni donazione dicesi ordinariamente fatta in grazia di benefici o di utili ricevuti, i quali sogliono essere aggranditi o dalla generosità dell'animo di colui che ha quelli ricevuti

to, o dal desiderio di dare alla liberalità un titolo più valevole o più saldo. Per la qual cosa più rettamente Cuiacio al quesito (*an ei locus sit in donatione facta remunerandi causa, vel nomine nuptiarum inter vivos*) risponde: *dicam me ne hanc quidem excipere, quod et Nicolaus Valla Senator doctissimus probare videtur* (2). E Faehineo dopo avere esposto l'opinione di Cuiacio o di Valla la commenta ne'sequenti termini: *Nultum argumentum vidi, quo isti moveantur, sed tamen eorum sententiam verissimam esse puto, quia plerumque donationes in eos conferruntur, qui beneficia contulerunt, ut si hanc eximas ab ea constitutione donationem, quam certe Imperator non ademit, multum sane illi detrahas. Deinde quia donatio dicitur et illa, quae remunerandi causa fit. Nam donari dicitur, quod nullo jure cogente datur, l. donari D. de reg. jur. et de donationibus. Nullo vero jure cogente datur ab eo, qui remunerandi gratia donat, licet enim ad antidora esset obligatus naturali quadam ratione, cagi tamen jure non poterat, ideo videtur aliquam exerceri liberalitatem, sicuti optime declarat Decius, in d. L. donari de reg. jur. Tertio quoniam ratio legis locum habet, etiam in ea donatione, quae remunerandi causa fit, et si enim beneficentibus benefacere teneamur, et hominem ab homine beneficium affici, plurimum intersit, maximumque sit ingratitude peccatum, tamen ea res modum habet, occasionem expectat, nec statim exigit, ut benemerenti*

(1) Fabro Lib. VIII de revoc. don. Def. III.
V. anche Giulio Claro sent. lib. IV §

donatio quaest. 23.

(2) Cujac. obs. lib. XX cap. V.

omnia bona donantur, vel magna pars eorum, quare neque etiam verisimile est, donaturum fuisse, qui beneficium accepit omnia bona, vel maiorem partem, si de liberis cogitasset, quoniam non haec paterne pietas et amor suadet (1). La sentenza dell'autore è manifesta: presupposta anche la verità de' meriti, diverso è il dare a quelli il giusto prezzo, diverso è il donare per contemplazione de' servizi ricevuti. Colui che aggiugne la liberalità al debito, e che non costretto da alcuna civile obbligazione dà quello che non avrebbe dato se avesse avuto il dovere d'essere giusto ed economo, trovasi compreso nel fine della legge, qualunque sia il titolo che porta l'atto della sua liberalità. Ma il titolo della remuneranza potrebbe forse essere valido per una donazione particolare, se si vedesse serbata una proporzione tra il servizio prestato ed il valor della cosa donata; siccome per l'opposito sarebbe evidentemente colorato in una donazione universale. Imperciocchè qual è quel merito ebo potrebbe essere ricompensato col dono di tutti i beni, o sia con tutte le forze della vita del donatore?

In conferma di che giova riflettere che l'esempio delle donazioni remuneratorie è stato da tutti i giureconsulti preso dalla *L. 27 D. de donationibus*, dove il giovane Aquilio Regolo dona al retore Nicostato l'abitazione nella casa, nella quale avevalo educato: *quoniam et cum patre meo semper fuisti, et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo caenaculo, eoque uti*. Mossa lite intorno alla validità di tal donazione rispose Papiniano che l'allievo non aveva donato, ma ricompensato *quodam meroede* il maestro dell'ufficio prestatogli. E per verità trattavasi non solamente di particolare, ma di modica liberalità usata per ricompensa d'un insigne servizio, il quale fu indumento come cagione della ricompensa stessa.

Del rimanenti la vera sentenza è, che la legge *si unquam* o dovrebbe essere ristretta alla sua letterale disposizione, o dovrebbe comprendere tutte le donazioni, qua-

lunque sia la denominazione che loro si dia. Altrimenti interpretandola ne avverrebbe ciò che l'autore antesignano di questo argomento osservò: *talis assertio nudo sermone effusa, solet in donationibus apponi magis ad colorem, et veluti quendam honorem, quam ad veritatem. Idcirco... non considerata esse quas notarii solent apponere ex consuetudine quadam sicuti et solet fieri de huiusmodi meritum mentione, viz enim e cunctis millibus unum instrumentum donationis comperies in quo id non scribatur* (2). E perb il chiarissimo Antonio Mattei dopo avere variamente discettato intorno al senso della legge, conchiude per rispetto alle eccezioni: *Quid si remuneratoria sit, an propter liberos rescindi potest? Affirmantium sententia nobis placet cum Cujacio et Falla. Idem dicemus si donatio jurata sit. Sed et si donatio propter nuptias facta sit, aequum est huic legi locum dari. Postremo et si in ecclesiam collata sit donatio, nihil ea privati iuris habere potest* (3).

Sen qua si è detto della remuneratoria come quella che ha fornito maggiori discezzazioni, e dalla quale riesce più facile l'argomentare alle altre. Difatti tra tutte le donazioni *ob causam* alcun'altra non è in favor della quale siasi più dibattuto tra gl'interpreti. Ora se per questa anche gli scrittori che avrebbero voluto restringere il senso della legge *si unquam*, hanno richiesto che il merito e la ricompensa fossero in una giusta proporzione tra loro, quanto maggiormente non varrà la stessa conclusione per ogni altra causa onerosa? Per la qual cosa Tiraqueau esaminando nel senso più generico la questione se possano riguardarsi come essenti dalla revocazione le donazioni vestite d'un titolo oneroso, giudiziosamente osserva: *nam si in donatione expressa illud obtinet, multo magis in tacita, imaginaria, adumbrata, ne plus habent vitium tacitum quam veritas; ed in altro luogo: unde etiam facilius revocari retractarique potest ac debet, quam expressa ac vera donatio, quae scilicet nuncupatum et expresse fit verbis certum men-*

(1) *Fachin. Controv. jur. lib. III. Cap. LXXXIX.*

(2) *Tiraq. glos. donat. largitus n. 97.*

(3) *Disput. IX ad leg. si unquam n. 6.*

tis conceptum exprimentibus (1); e finalmente circa la regola con la quale debbasi distinguere la causa onerosa dalla luerativa: *Intelliges secundo modo quod dictum est hanc legem non procedere in donatione ob causam, secundum et alias declarationes primi et secundi articuli, videlicet venditionis minori precio factae et donationis remuneratoriae, ut scilicet hoc procedat quod nunc diximus in do-*

natione ob causam usque ad concursum sive concurrentiam, ut nostri loquuntur, oneris sive causae ob quam fit donatio, id est in eo quod concurrat cum onere aut causa in donatione iuscripta, ut loquar cum jurisconsulto in l. quid ergo in prin. D. de leg. 1. Nam in eo quod excedit eam causam sive onus, censetur pura et simplex et gratuita donatio (2).

III.

Applicazione della legge alle rinunzie.

Se la mente della l. *si unquam* è, che ogni liberalità fatta allorchè il donante *de liberis non cogitabat* a lui torni dal momento della sopravvenienza de' figliuoli, è facile il concepire che qualunque sia il titolo dell'atto revocabile, non possa per la differenza de' vocaboli farsi frode al fine ed alla disposizione della legge stessa; e per conseguente le rinunzie ad un diritto acquistato, siccome altro non sono che donazioni di ciò che era nel patrimonio del donante, restano revocate come le largizioni d'ogni altra specie di proprietà. Ma cotesta applicazione non è nuova, e per cominciare dal nostro dottore, lo stesso Tiraqueau avverte: *Similiterque renunciatio si sit inofficiosa aequè revocatur ut donatio. Nam et alias si in fraudem facta sit aequè revocatur ac donatio l. 1. § ult. quae in fraud., et late Paulus de Castro consil. 133 etc. Est enim utriusque et donationis et remissionis sive renunciationis eadem ratio, maxime quantum ad casum legis nostrae pertinet. Ergo et idem jus servari debet... Cujus rei est optima ratio. Nam cum res ipsa continetur sublata significatione verborum, et in ea est eadem ratio, quae mens legis est... Sequitur quod ea res venit ex mente legis, adeoque ex lege ipsa, non ex extensione... Sed hoc tamen primo loco intelligas, ut videlicet haec lex procedat in renunciatione sive*

remissione juris jam quaesiti, prout intelligit Corneus Cons. II. lib. 3 etc. (3).

Prima di Tiraqueau il chiarissimo Andrea Aleanti aveva ne' suoi responsi pronunziato la medesima sentenza: *Talis renunciatio vere et proprie est donatio lege hoc jure § 1. D. de Donat., lege si quis delegaverit D. de vocat., et ideo talis donatio revocatur per supervenientiam filiorum, et hobetur in ea dispositio dictae legis si unquam II Socin. Cons. 34 visa renunciazione Lib. IV et Ripa dicta lege si unquam Quaesit. XI et facit quod consulit Corneus Cons. XI Lib. III (4).*

Coerentemente a questa dottrina Zoesio fece l'applicazione della legge *si unquam* alle rinunzie tra fratelli alla paternità eredità. Nel caso della rinunzia del secondogenito al primogenito dice: *quod attinet ad renunciationem paternae hereditatis factam non habente liberos illa posset videri facta causa defectus liberorum, atque ita iis uatis revocata, cum contineat meram donationem sub conditione resolutive. E per altra parte quanto alla rinunzia del primogenito al secondogenito (comechè tali rinunzie si presumano sempre fatte in grazia del matrimonio) avverte: *Renuntiationem juris primogeniturae per seniores filium in gratiam secundi recte quis dixerit subesse decisionem dictae legis §, quod illa contineat concessionem juris quoesiti, atque**

(1) Tirag. *ibid.* glos. donat. largit. n. 8 e 156.

(2) Tirag. *ibid.* u. 148.

(3) Tirag. Glos. Donatione larg. n.

178, 179, 180.

(4) Aleanti responsorum Lib. VIII. Cons. 1 n. 56.

ita meram donationem factam ob favorem liberorum. Certissimum enim est, primogenitum si de liberis cogitasset, concessum non fuisse jus, istud cum non praeumeretur praeponere voluisse suae generationi sobolem fratris (1).

Una più ampia applicazione della medesima dottrina trovasi in Molina, nel trattato dello primogeniture: Sed quavis in hac specie scribentes communiter existimant in hujusmodi renunciatione non esse locum dispositioni dictae legis si unquam, ex ratione quam superius adduximus; mihi autem id exacte consideranti contrarium resolvendum videtur. Imo, quod hujusmodi etiam renunctatio, si gratis facta fuerit, ex supererogante

liberorum revocetur. Quod probatur evidentissima ratione: clarissimum namque est quod is qui non habens liberos renunciavit paternae seu maternae hereditati favore primogeniti, si se liberos habiturum cogitasset, eidem non renunciasset, sed maluisset illam ad liberos suos potius, quam ad fratrem deferri: quae est ratio praecipua, et fere unica, in qua fundatur decisio dictae legis si unquam, prout ex pluribus ostendit Tiraquellus...

Cum igitur in casu de quo agitur militet dictae legis ratio, ergo militare debet ejus dispositio, cum dicta lex si unquam, ex identitate rationis de casu ad casum extendenda sit, ut ex pluribus probat idem Tiraquellus etc. (2).

IV.

Antica giurisprudenza francese.

Gli scrittori del Foro francese hanno in ogni tempo interpretato nel suo vero senso la legge *si unquam*, per modo cioè l'unanime loro consenso ha rigettato tutte le eccezioni che i casisti proponevano a rispetto delle donazioni improprie. La ordinanza di Luigi XV del 1731 per le donazioni presenta la giurisprudenza ricevuta intorno a questa materia. Nell'art. 39 della medesima è scritto: « Qualunque donazione tra vivi, fatta da persone che non avevano figli o discendenti viventi nel tempo della donazione, di qualunque valore la suddetta donazione possa essere, ed a qualunque titolo fatta, ancorchè fosse scambievolmente o remuneratoria o che anche in favor di matrimonio fosse fatta da altro fuorchè da congiunti ascendenti, resterà revocata di pieno diritto per la sopravvenienza d'un figlio legittimo del donante, ancorchè fosse postumo, o per la legittimazione d'un figlio naturale per matrimonio susseguente e non per alcun'altra specie di legittimazione.

Furgole tanto nelle osservazioni sopra l'ordinanza, quanto nelle quistioni osserva che l'art. XXXIX altro non fece, se non

richiamare ad osservanza la legge *si unquam*, purificandola da tutte le controverse che erano sorte intorno alla intelligenza di quella.

Il presidente Lemoignon nella raccolta delle decisioni accademiche, che proponevasi da' più chiari giureconsulti e magistrati della Francia in quella congrega di lui preseduta, propone l'articolo della revocazione delle donazioni ne' seguenti termini: « La donazione fatta da colui che non aveva figliuoli resta revocata per la sopravvenienza di un figliuolo legittimo, ancorchè la donazione sia fatta per contratto di matrimonio del donatore, o del donatario a titolo d'istituzione, o per altro titolo o per ricompensa di servizi, o per qualunque altra siasi causa, non ostante qualsivoglia clausola derogatoria, o convenzione contraria ». Lo stesso presidente ripete l'osservazione che Luigi XV altro non fece se non adattare il testo della legge *si unquam* a tutti i casi nei quali erasi disputato della sua interpretazione (3). Ora facilmente s'intende d'onde sia ricavato l'art. 960 del codice civile francese (4). Questo non è se non l'arti-

(1) Zoesii Comment. in Lib. 39 Digest. Tit. V de Donat. n. 134. 135.

(2) Molina de Hispanorum Primogen. Lib. II. Cap. III. n. 41.

(3) Recueil des Arrêtés de Lemoignon art. 43.

(4) Art. 883 delle II. cc.

colo XXXIX dell'ordinanza del 1631, o sia è la disposizione della legge *si unquam*, dichiarata per le discettazioni delle scuole, e spiegata per la giurisprudenza ricevuta.

In questa materia dunque si può dire che il diritto nuovo sia la ripetizione e la conferma dell'antico in quanto al principio che regola la revocazione. Ma non può dirsi lo stesso anche del modo onde un tal diritto viene esercitato, nel che le leggi nuove si discostano dalle antiche per differenze, che possono essere ridotte alle seguenti proposizioni.

Nel diritto antico la revocazione avveniva per sentenza del giudice; al presente avviene per fatto della legge.

Allora rappresentava un diritto che bisognava esercitare per poter profittare de' suoi effetti; ora basta che il fatto avvenga perchè ne discendano *ipso jure* le conseguenze legali.

Allora un tal diritto soggiaceva ad eccezioni; ora non ne soffre alcuna, ed è tanto più generale, quanto è più generale la disposizione della legge di ogni azione singolare.

DISSERTAZIONE IV.

DELLA LESIONE ATTA A RESCINDERE LE DIVISIONI FATTE TRA COEREDI
SECONDO LE REGOLE DEL DIRITTO ANTICO.

I.

Le opinioni de' giureconsulti sonosi spesso volte divise nel determinar qual fosse la lesione, atta a rescindere le divisioni tra coeredi per antico diritto; o vi ha di quelli che togliendo esempio da ciò che per altri contratti le leggi romane avevano stabilito, si avvisano di poterne estendere l'applicazione anche al caso della divisione. Cotesta singolare opinione che ha prodotto tutte le quistioni agitate su tal materia nel Foro, trova il suo fondamento nel paragone, che le leggi romane stesse fanno della divisione, col contratto di compra vendita, per la cui rescissione è richiesta la lesione oltre la metà. Dappoichè potendo ogni menomo addentellato servir di appiccio al talento di discettare per farsi a sostener quel principio, che si è voluto assumere; si è creduto dovesse sussistere anche nel proposito della lesione la medesima somiglianza. Per tal modo, qu' che così la pensano, han procurato d'indebolire il rigore della legge di uguaglianza, che vuolsi osservare nell'atto di divisione; e non altrimenti dalla compravendita, hanno asserito fosse anche in quella necessaria la lesione enorme per potersi dichiarare rescissa.

A voler dunque dichiarare siffatta teorica, e sgombrarla da que'dubbi, che potrebbero farne credere il concetto secondo il diritto romano, diverso da quello che le nuove leggi non han formato, conviene osservarla direttamente in quel sistema di leggi, per vedere se questa pretesa divergenza trovi la sua ragione nelle disposizioni del diritto romano, o piuttosto si annidi nella mente soltanto di chi voglia arbitrariamente interpretarlo.

Il cardine intorno a cui si aggira la materia della lesione nelle divisioni di eredità è la legge 3 C. *communis utrius-*

que judicii, la quale enuncia in termini generali il precetto che si de' osservare, quando il danno sia avvenuto. Essa è così concepita. *Majoribus etiam per fraudem et dolum, vel perperam sine judicio factis divisionibus solet subeveniri: quia in bonae fidei judiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur.* Nelle quali parole si vede espresso il bisogno di soccorrere anche a' maggiori, che sieno stati danneggiati nella divisione, senza punto esigere che il danno oltrepassi la metà del valore, o sia senza attendere alla misura della modica o della immodica lesione.

Le cagioni, per lo quali avvenuto il danno si può domandar che la divisione venga rescissa sono, il dolo o la frode intervenuti nell'atto, sia che appariscano essere stati usati dall'avversario, sia che si manifestino come conseguenza della cosa stessa, quando cioè ne risulti la lesione per alcuno de' coeredi; perciòchè niente importa che il dolo avvenga di proposito, o sia implicitamente compreso nella ripartizione della cosa. Oltre a queste, ne sono indicate anche altre, quali sono l'inconsideratezza o la mancanza di consiglio, donde derivi l'errore. Le quali tutto dico la legge doverci riguardare no' giudizi di buona fede come giuste cagioni per far riformare in meglio l'atto già compiuto; val quanto dire che comunque sia avvenuto il danno o per frode o per dolo o per errore, il fatto della disuguaglianza delle quote basta per se solo alla rescissione dell'atto.

Cotesto concetto non solo risulta chiaro dalle parole della legge giustiniana, ma viene ancora avvalorato dall'autorità del codice gregoriano, riportata da Cuiacio nella consultazione di un antico giureconsulto. *An divisio quam jam factam*

esse proponis convelli debeat. Rector provinciae praesente parte adversa diligenter examinabit: et si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam majoribus perperam factis divisionibus solet subveniri, quod improbum atque inaequaliter factum esse constitit in melius reformabitur (1). Nel quale luogo vedendosi ripetuta quella stessa frase, che è stata di poi trascritta nella legge posteriore, si può agevolmente conchiudere che anche la mente ne sia stata comune, e che nel diritto romano, anche prima del codice giustiniano sia stata riconosciuta la disuguaglianza delle quote come cagion sufficiente per dichiararsi rescisso le divisioni. La ragione di un tal principio è espressa dalla stessa legge giustiniana; cioè che ne' contratti di buona fede sia giusta cosa riformare quello, che sia stato fatto senza serbarsi l'uguaglianza tra le parti. Nè sarà alieno che ignori qual differenza interceda tra i contratti di stretto diritto e quelli di buona fede, per non intendere la distinzione che la legge fa in favore di questi ultimi. Ne' contratti *stricti juris* l'interpretazione non si allontana punto dalle parole, colle quali l'atto è stato espresso, nè è lecito ampliare il concetto oltre quello che materialmente apparisce dall'atto stesso. Per contrario, i contratti di buona fede essendo regolati massimamente da quel principio di equità, di cui vogliamo sempre più esteso le radici a misura che la legislazione romana si allontana dal primitivo rigore, ammettono l'investigazione della volontà de' contraenti, e le eccezioni di diritto, per le quali si procuri di accomodare l'intelligenza dell'atto alla presunta intenzione delle parti. A questo modo infatti vuolsi spiegare la dottrina del dolo, considerata per rispetto a queste due specie di contratti; dapoi che se si dice che ne' contratti di buona fede l'azione di dolo vien fornita dal contratto stesso, laddove in quelli *stricti*

juris non è ammessa tale azione se non quando sia stata espressamente riservata, la ragione n'è che in questi l'interpretazione sia attaccata alle parole, ed in quelli rimonta sino alla intenzione ed al sottinteso. Or se tale è la natura de' contratti di buona fede e tale il modo d'intenderli ed eseguirli, non dee recar maraviglia che nelle divisioni di eredità, dove l'intenzione non può essere altra se non di dare porzioni uguali a' coeredi, la disuguaglianza dello quote produca di conseguenza la rescissione.

Dimostrato il principio potrebbesi citare infiniti casi formulati dalle leggi romane, ne' quali si potesse vederne l'applicazione. Tra questi citeremo per esempio quello della divisione di una eredità, nella quale furono i fratelli danneggiati in vantaggio di una sorella. *Si soror tua in patrimonium bonorum divisione te fecerit, nec dotem quam acceperat a patre vestro intestato diem functo contulit: Praeses provinciae examinatis partium allegationibus, cum donis dotem confundi jubebit, et quod deducta ratione plus apud eam esse animadverterit, tibi restitui jubebit. Idem est et si arbitro dato divinis celebrata est* (2). E Cuiacio commentando questa legge dice. *Si in ea divisione aliquis circumscriptus esset, non servata aequalitate, non collata dote in medium, etiam si is qui circumscriptus est sit major 25 ann. natu, tamen hinc fraudem emendari convenit post divisionem, accersito arbitro familiae eriscundae, nam in bonae fidei contractibus et judiciis hoc est ratum; etiam majoribus circumscriptis vel in re vel dolo adversarii subveniri. Idemque fuit si ab arbitro familiae eriscundae divisio facta sit perperam, id est inaequaliter, quod est tertium genus divisionis, nam et haec divisio ut indicat l. 8 corrigitur iterato arbitrio familiae eriscundae. Namque iterari potest causa cognita, quae rem in integrum restitui postulet* (3).

(1) *Fachin. Controv. jur. Lib. VIII cap. 36.*

(2) *L. 8 C. de collationibus.*

(3) *Cujac. Comment. in tit. XX. de Collat. Lib. VI. Cod.*

II.

Sin qua si è detto della causa che vale a rescindere le divisioni, e rinvenuta questa nella disuguaglianza delle quote, fa d'uopo ora vedere di quanto esser debba il danno sofferto per potersene invocare il compenso dalla legge. E qui si manifesta quella opinione già disopra enunciata, che vuole equiparata la lesione per la divisione a quella per la compravendita; val quanto dire che senza l'enorme lesione non possa avervi la rescissione del contratto.

A questo assunto si oppone in primo luogo la lettera di quella stessa legge che stabilisce la rescissione. Si è già letto nel suo testo esserne in generale indicato il caso quando vi sia disuguaglianza di quote, *quia in bonae fidei iudiciis quod inaequaliter factum esse constiterit in melius reformabitur*. Quindi è che avendo la legge avuto per vero essere turbata la natura di tal contratto dal solo fatto della disuguaglianza, non si potrebbe nella interpretazione di tal disuguaglianza adottar quella misura che la legge stessa non ha stimato sufficiente per mantener salvi i diritti delle parti contraenti.

Ma oltre al testo della legge vi si oppone ancora la natura dell'atto di divisione, nel quale non si può trasfondere tutte quante le condizioni che intervengono in altri simiglianti contratti.

Le leggi romane assomigliano le divisioni di eredità alle compravendite: *divisionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit* (1); ed un tal paragone vien fatto sotto il rapporto della uguaglianza del contratto e della mutua garanzia tra i coeredi. Così si legge in Cuiacio nel commento a questo titolo: *Illud commune est utriusque iudicii ut per arbitrum vel ex conventionem divisione facta alter alteri teneatur evictionis nomine, actione praescriptis verbis quasi ex empto vendito vel ex permutatione. Igitur divisio instar obtinet emptionis aut permutationis, cum non possit fieri nisi permutatis partibus, ergo factam divisionem ratam manere oportet, ita ut quodecunque obtigerit id ei*

habere recte liceat, et alter alteri eo nomine teneatur (2). Ma le stesse leggi, dalle quali quel paragone si rileva esigono una più scrupolosa buona fede ed una esattezza maggiore nelle divisioni che non nelle compravendite; in guisa che sia da reputare il confronto tra queste due specie di contratti, fondato piuttosto su quella reciprocazione di diritti e di obbligazioni, indispensabile in ogni sorta di contratti bilaterali, anziché sulla possibilità di attribuire all'una tutto quello che all'altra si appartiene. Difatti la compravendita, come quella che comprende implicitamente la idea di negozio e di guadagno, non potrebbe essere rescissa per modica lesione. Dappoichè ciascuna delle parti speculando su' suoi interessi procura di vantaggiare la sua posizione per rispetto a quella dell'altra con la quale contrae; e non può non venirne di conseguenza che l'una ricavi maggior profitto dell'altra, e che la sorte di eutrambo non sia perfettamente uguale. Ma in quei contratti che essenzialmente si fondano sulla buona fede e sulla estimazione di diritti perfettamente uguali, come appunto la divisione, qualunque industria o artificio di alcuno de' contraenti per superare la condizione dell'altro turba la natura dell'atto, e viola manifestamente la intenzion della legge. *In emptione et venditione et similibus contractibus qui ordinati sunt et constituti mutui commercii gratia, quia contrahentibus permixtum est se invicem in pretio decipere et circumvenire: idcirco ob modicam laesionem non rescinditur contractus. In aliis aliter respondendum videtur puta in societate, deposito, commodato, pignore, tutela et similibus; ac proinde etiam minor laesio quam ultra dimidiam sufficere debet ut rescindantur nec enim lex laesionem ultra dimidiam exigit. Id patet ex d. l. 3. C. commun. utriusque iudic. l. in contractibus C. ex quibus causis major etc., quibus nulla fit mentio laesionis ultra dimidiam sed reversionis ob gravem laesionem* (3).

Il medesimo principio della necessità

(1) L. 1. Comm. utriusque iudic.

(2) Cujac. in lib. IV Prioris Cod. Justin. ad tit. XXXVIII.

(3) Fœhic. Controv. jur. lib. VIII. Cap. 36.

assoluta della uguaglianza nelle divisioni di eredità resta dimostrato ancora da altri argomenti, uno de' quali vien somministrato dalla l. 2. C. de rescind. vend. Questa legge dà la scelta al compratore o di restituire la cosa o di supplire quello di che il venditore è stato defraudato. *Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris distrazerit: humanum est ut vel pretium te restituentem emptoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate iudicis intercedente; vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars (veri) pretii soluta sit.* Questo stesso rimedio non vien fornito dalla citata legge 3 C. comm. utriusq. judic.; il che importa che il coerede danneggiato possa domandar la rescissione, e quegli che ha avuto il di più, non possa supplire alla parte che manchi al primo.

In un contratto dunque in cui siffatta condizione si confonde e s' immolesima colla stessa sua essenza, perchè l' inadempimento di essa porti seco la rescissione del contratto, non fa d'uopo attendere che il danno oltrepassi la metà del prezzo siccome in altri contratti è stabilito; dappoichè in questi altri contratti, e gioverà ripeterlo, la uguaglianza non è richiesta tanto dalla natura dell'atto, quanto dalla legge di giustizia naturale, che comanda la perfetta reciprocazione di di-

ritti e di obblighi nelle parti contraenti.

Che questo e non altro sia il senso della citata legge 3 il dice la più sana parte degli interpreti, siccome si è potuto vedere dalle autorità disopra allegate, alle quali gioverà aggiugnere anche quella di Perozio nelle prelezioni al codice: *Porro in divisione rescindendi non opus est laesioni ultra dimidium, cum dicta lex tertia minorem etiam inaequalitatem aequitate iudicii corrigi velit. Neque etiam reo convento tribuit electionem, ut in l. 2 C. de rescind. vend. non enim in divisione conventus facultatem habet supplendi vel reddendi pecuniam, sed ipsam rem debet restituere, vel divisionem ex integro facere, ut bene observat Molinaeus ad consuet. Paris. § 22 n. 42. Praeterea in divisione exactior aequalitas exigenda videtur, quam in contractibus. In illa quippe hoc unum spectatur, ut cuique sociorum sua pars iusto attribuat. At in contractibus mutui commercii gratia institutis, cum liceat contrahentibus se invicem in pretio aliquatenus decipere majori laesione ad illos irritandos opus est. Ideoque non obstat quod dictum est divisionem vicem emptionis obtinere, cum non conveniant omni ex parte; si quidem in divisione nullum pretium interveniat, et non alia sit mens dividendum quam ut sum habeant sibi quae proprium singuli, quod habebant antea commune (1).*

III.

La dottrina che noi abbiamo esposto fu generalmente ricevuta, essendosi stabilito per universal consentimento che per la rescissione delle divisioni bastasse la lesione maggiore della quarta parte comechè non giugnese insino alla terza. Talo fu la sentenza degli interpreti e del foro francese siccome l' attesta Mornaio, di cui sono notevoli due proposizioni: una è che qualunque sia la denominazione data all'atto per lo quale si recede dalla comunione, debba quello aversi per divisione: *Ex jure utimur ut quocumque nomine denominetur contractus seu transactio vocetur seu non, tamen pro divisione hereditatis rerumque*

communium accipi debeat: la seconda che per procedere ad una nuova divisione, basta che nella prima sia intervenuta una lesione del quarto; della qual dottrina egli dice *nihil est vulgatus in quotidianis familiis circumspectae quaestionebus* (2). E ad avvalorar l'opinione che questa giurisprudenza sia generalmente ricevuta vi ha l'autorità di Merlin, il quale dice essere stata trovata tanto giusta la sentenza di Mornaio che voleva rescissa la divisione, tostochè alcuno avesse ricevuto un valore maggiore degli altri, che tutti i tribunali di Francia l'avevano adottata (3). Adunque per la nuova giurisprudenza ancora, basta la disugua-

(1) Peret. in lib. III Cod. tit. 38 n. 5.

(2) Mornaio. in lib. X Dig. tit. II fam. l. circise.

(3) Merlin Repert. de Jurispr. art. Lé-
sion §. IV.

glianza per darsi luogo alla rescissione, come quella che turba l'essenza dell'atto e l'intenzion de' condividenti, di aversi ciascuno un valore a quello degli altri eguale.

Cotesto principio vale ad assorbire ogni altra secondaria considerazione, come fan fede le divisioni fatte per sorte. Nei paesi dove le divisioni erano eseguite a sorte per porzioni fatte da uno de' coeredi, se questi nella porzione sortitagli avesse trovato la lesione atta a rescindere, fu questione se dovesse o pur no ammettersi la rescissione.

Il dubbio nasceva dacchè avendo egli stesso fatto le parti, doveva imputare a sua colpa di averne trovato una minore, la quale aveva dovuto essere così lasciata nella speranza che fosse ad altri spettata. Nondimeno il senato di Chambéry ammise la rescissione: *Ea potissimum ratione quod non sit probabile per dolum fraudem quidquam factum esse ab eo qui dedit optionem. Prior enim ille incurrit in periculum damni quod fratri ex inconsiderata electione possit accidere* (1).

Il solo scrittore che abbia discordato da quella sentenza, che dianzi si diceva essere comunemente seguita, è il presidente Fabro, siccome la sola autorità che possa citarsi in contrario è quella del Senato di Savoia, il quale dando alla legge 3 una interpretazione pe' fratelli ed un'altra per gli estranei, tenne esser per quelli bastevole la lesione del quarto, e necessaria per questi l'enormo (2). Ma questa sentenza rimane facilmente confutata, giacchè ammesso il principio che la disuguaglianza delle quote distrugge il fine al quale è ordinata la divisione, non vi ha ragione alcuna che dia a' condividenti fratelli diritto maggiore che non ne abbiano i condividenti estranei. Invece bisogna dire che qualunque sia il vincolo, dal quale si trovino le parti tra loro legate, basta la comunione per conferire a ciascuna di esse quel diritto che non può venir posteriormente distrutto o scemato dal fatto della divisione. Senza che vedesi confermata questa proposizione dalla stessa l. 3. C. comm. utr. jud. tam

familiae eriscundae quam comuni dividendo, la quale non per altro è stata sotto questo titolo ordinata, se non per mostrare che la rescissione contro simiglianti atti è comune tanto all'azione *familiae eriscundae*, che ha per oggetto di dividere i beni ereditari tra coeredi; quanto all'azione *communis dividendo* che riguarda la divisione della cosa comune tra più condomini estranei. E se tanto l'ordine in cui è stata scritta la legge quanto la sua ragione, lungi dal riconoscere alcuna differenza tra l'uno e l'altro caso, stabiliscono invece un principio comune ad entrambi, non si può altrimenti riguardar la questione se non per rapporto a questo principio comune, qual è quello che la cosa da dividere, abbia prima a qualunque titolo appartenuto in comune.

Non diversi principi si ravvisano nelle presenti leggi civili. Il nuovo diritto, che in tutte le parti della legislazione ha saputo attingere al fonte dell'antica sapienza quello, che a' bisogni delle moderne nazioni poteva meglio convenire, non ha mancato di ritenere il principio già dalle leggi romane riconosciuto, che la divisione abbiassi a rescindere per lesione minore di quella, richiesta nel caso della compravendita. Adunque l'art. 807 non è che la spiegazione e la interpretazione dell'antica giurisprudenza; con tale differenza non pertanto quale basti a distinguere la novella dall'antica legislazione. La differenza sta in questo che nel diritto nuovo trovasi determinata la misura del quarto, oltre il quale ogni lesione è atta a rescindere le divisioni, mentrèche nell'antico conveniva desumere la medesima conseguenza dall'interpretazione delle leggi sulla materia, secondo lo spirito, dal quale si vuol presumere essere state quelle dettate. L'avviso al presente la legge determinato importa, che siasi tolto il dubbio e l'arbitrio nell'applicare il principio a ciascun caso particolare, e siasi conseguita quella certezza di giudizio che ben di rado si ottiene per mezzo di singolari pronunziamenti, per le quali era richiesto in quel diritto l'esercizio di altrettante azioni separate e tra loro distinte.

(1) Merlin *ibid.*

(2) Fabro *lib. III. C. tit. 27 Def. 3.*

et 3.

Id. de error. pragmat. deced. § err. 1.

DISSERTAZIONE V.

L'EREDE IN RE CERTA COL DIVIETO DI NULLA PRENDERE DALLA EREDITÀ
E LEGATARIO E NON EREDE.

I.

Per diritto romano l'erede particolare *in re certa*, quando non era stato nel testamento istituito altro erede, o quando altro erede non esisteva al tempo dell'apertura della successione, era tenuto quale erede universale. Tale è la disposizione della l. 1. D. de heredi. instit. — *Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio, detracta fundi mentione*; e tale è anche il precetto contenuto in varie altre disposizioni di quel diritto (1). Or questo effetto dato dalle leggi romane alla istituzione particolare era figlio di due presunzioni di diritto. La prima che non essendo a' pagani permesso il trapassare per una parte testato ed intestato per l'altra (2), eravi luogo a credere che il testatore avesse pronunziato meno di quel che pensasse: *Sed si non in corpore erravit sed in parte (puta si cum dictasset ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus)*, *Celsum* (lib. XII Quaestionum) *Digesto*, um undecimo, *posse defendi ait ex semisse heredem fore, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum; quae sententia rescriptis adjuvatur generalibus. Idemque est, et si ipse testator minus scribat cum plus vellet adscribere*, L. 9 §. 2 D. de heredi. instit.; e questa presunzione valca semprechè non si trovasse scritto altro erede nel testamento. La seconda, la quale valca quando di più eredi scritti il solo erede particolare si trovasse capace di raccogliere la eredità, era che cessata la ragione del favore per gli eredi prediletti, colui che era stato ultimo ne' diversi gra-

di di benevolenza, sarebbe stato primo, se il testatore avesse preveduto che gli altri non volessero o non potessero accettare l'eredità. Erano dunque due presunzioni trevate per non offendere un principio fondamentale della legislazione, e per non moltiplicare il numero de' testamenti nulli o caduchi.

Da' casi infuori delle anzidette due presunzioni, gli eredi particolari *in re certa* non sono a senso del diritto se non legatari, siccome chiaro il dimostra la legge *quoties C. de heredi. instit. Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iusti sunt, quos legatariorum loco haberi certum est; alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur: eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam diminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri*. E per verità se gli eredi scritti in una cosa certa non fanno che delibare il dono ricevuto dal testatore senza concorrere a' carichi della eredità; se essi formano una diminuzione della eredità istessa; e se infine sono soggetti alle deduzioni della legge Falcidia, come ogni altro legatario, qualunque sia il nome che voglia loro darsi, è manifesto che essi sono legatari e non eredi. Ciò non ostante il desiderio di conciliare insieme la regola e le eccezioni, diede occasione di di-

(1) *V. L. 2, 9, 19, 36 D. de heredi. instit.*

(2) *Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato deces-*

sisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est (testatus et intestatus). L. 7 D. de reg. jur.

sputare a' primi padri delle nostre scuole di diritto circa la definizione legale degli eredi in *re certa*.

Ad alcuni piacque considerargli come legatari, e di questo numero fu Accursio: *nisi si alius institutus ex quota, vel etiam simpliciter, quia tunc loco legatarii est, ut C. de hered. instit. l. quoties* (1); ad altri, come eredi, tranne quel che concerneva le azioni ereditarie: *Quidam alii Doctores dicunt e converso ad glossam quod institutus in re certa habetur loco heredis in omnibus ut d. auth. novissima, de inoff. test., praeterquam quo ad onera et jura hereditaria* (2). A' più de' giureconsulti finalmente piacque definirli come una classe media tra i legatari e gli eredi, e di questo numero furono Bartolo e Paolo di Castro. *Ego invenio quod institutus in re certa patitur Falcidiam, ut l. quoties etc.; ergo non est verum dicere quod habeatur loco heredis in omnibus praeterquam ad ea, quae hic dantur. Item ego reperio quod herede repudiante accrescit hereditas instituto in re certa, ut l. 1. § si ex fundo ff. de hered. instit.; ergo non est verum quod dicit glossa quod habeatur loco legatarii quo ad omnia praeterquam quo ad restitutionem, quia habet jus accrescendi ut heres. Mart. Sil. dicebat aliter: aut loquimur in filio, et tunc institutus in re certa habetur loco heredis, ut in contrario, quod apparet, quia succedit loco legitimus, quia est tertia ejus quod quis habiturus esset. Aut in extraneo, habetur loco legatarii, ut hic. Sed parcat mihi Mart., ipsa non bene dixit. Legitima dicitur tertia ejus quod quis habiturus esset, ab intestato, deducto aere alieno, ut l. Papinia § quarta de inoff. test. ergo apparet, quod ista legitima non est hereditas, quia non continet debita et eredita. Sicut dicimus in eo, cui legatur certa pars bonorum, ut l. non amplius. Ergo non est ratio, quia loco legitimae succedit habetur loco heredis. Quid ergo est? Dico sic et credo dicere veritatem, quia heres institutus ex*

re certa non est heres universalis, nec legatarius, sed est tertia species etc. (3).

Questa fu la sentenza ricevuta, la quale peraltro contiene piuttosto una spiegazione anzichè una definizione, che de' esser sempre ricavata da' caratteri del suggerito. Potrebbe forse meglio dirsi, che gli eredi particolari in *re certa* erano legatari, i quali pel favore del titolo, e per lo ministerio della legge acquistavano la eredità in difetto d'ogni altro erede. Or è necessario avvertire, che questa è la sentenza ricevuta nel nostro foro, siccome il dimostra l'autorità delle cose giudicate. *Conditio testamenti, in eoque institutis heredibus particularibus, . . . effectusque universalibus ob non institutionem heredis universalis, juxta textum in l. 1. § si ex fundo ff. de heredib. instit. et in l. quoties Cod. eod. et hoc ad adjuvandas institutiones quae favorabiles sunt dicit Goffred. in d. § si ex fundo.* Così si legge nella raccolta delle decisioni del presidente de Franchis, nelle quali si trovano pure in vari luoghi espressi i caratteri della istituzione particolare in *re certa*. Quivi infatti è detto che l'erede in *re certa* habetur loco legatarii e che non è tenuto a' pesi della eredità; ed in uno de' luoghi in cui se ne fa menzione, disputandosi se la detrazione della Falcidia competesse all' istituito in *re particulari*, gravato di restituire, si legge che fu deciso per la negativa, dovendosi tanto quella, quanto la Trebellianica dedurre soltanto per l'erede — *Similiter dicebatur non posse tractari de retentione Trebellianicae quae per heredem universalem deducitur, non autem per heredem particularem, qui loco legatarii habetur, et licet in multis differat a legatario, non tamen reperitur, quod differat circa detractionem Trebellianicae seu Falcidia quae tunc fit, quando quis gravatur, ut heres, non autem quando ut legatarius; unde fuit concessum, non habere locum hanc detractionem* (4).

(1) V. Accursio ad l. si quis priore D. ad Trebell.

(2) V. Bartolo ad l. quoties C. de her.

instit.

(3) Ad dict. Leg. quoties.

(4) V. de Franchis decis. 1. 293. § 54 ec.

Ma da questa controversia le scuole di diritto passarono ad una seconda: *Se l'erede in re certa sia stato istituito o con l'espresso divieto di null' altro prendere potrà in difetto di ogni altro erede acquistare l'intera eredità?*

Bartolo, Paolo di Castro, Pier Filippo Corneo distinsero; se il testatore non abbia scritto altro erede, l'eredità non può accrescersi all'erede particolare, ch'è stato istituito con tal divieto; per contrario potrà acquistarla se sia stato nel testamento scritto un altro erede, che non ha voluto o potuto accettarla: *Et ideo est advertendum, quia quumque in institutione ex re certa testator adiecit dicta verba, et quod plus petere, vel hereditare non possit, et nullum alium fecit heredem universalem, et tunc sine dubio videtur dixisse illa verba favore venientium ab intestato, ut dictum est, et sic res reducitur ad causam intestati. Quumque testator providet sibi instituendo heredem videtur de eo qui secundum cogitationem defuncti in omnem casum poterat esse heres, ut instituendo hominem jam natum, et tunc favore instituti illa verba dicta videantur etc.* (1). Con questa distinzione si è creduto dar la norma per interpretare l'intenzione di chi impose il divieto; intenzione, che si presume diversa secondochè vi sia o non vi sia l'erede universale.

Alessandro Tartagno e Giovanni da Imola tennero doversi accrescere l'intera eredità all'erede particolare *in re certa*, comechè scritto col divieto di null' altro prendere, o che non esistesse altro erede nel testamento, o che esistendo non avesse voluto e potuto accettar l'eredità (2).

Altri finalmente tennero e dimostrarono non potersi in verun caso accrescere all'erede particolare col divieto, l'intera ere-

dità, esistesse o no altro erede nel testamento.

La controversia sembrò terminata per un aureo consiglio del Menochio, il quale abbracciò questa terza opinione per due potissime ragioni. La volontà presunta vale infinochè l'espressa non si manifesti, e però quando il testatore abbia vietato che l'erede particolare prendesse qualunque altra cosa dall'eredità, ha preveduto il caso possibile della mancanza degli altri eredi, o sia ha distrutto quella presunzione che nella dubbiozza ed oscurità delle parole la legge ha creato (3). In secondo luogo la legge *quoties D. de hered. instit.* ammette gli eredi particolari *in re certa* alla intera eredità, quando manchino altri eredi nel testamento, ma con la condizione. *Si modo voluntas patrifamilias manifestissime non refragatur*. E però dove questa volontà ripugna espressamente alla interpretazione, non può questa preferirsi a quella, senza violare la legge del testamento, e senza contravenire a quel precetto della Novella: *Disponat testator unusquisque ut dignum est, ut sit lex ejus voluntas* (4).

Cotesto consiglio di Menochio ha meritato il nome di Magistrale, ed ha servito di norma comune alla giurisprudenza del foro. Per esso torna inutile di vedere se sia o pur no istituito altro erede nel testamento, o se essendovi l'istituzione, l'erede non possa o non voglia accettar l'eredità, dappoichè in verun caso quella sentenza concedo all'erede *in re certa* il diritto di acquistar l'intera eredità, quando siagli stato imposto il divieto di prenderne alcun' altra parte. E da ciò resta implicitamente risolta l'altra questione, di vedere cioè come s'abbia a regolare il diritto di più eredi istituiti *in re certa*, de' quali non tutti abbiano avuto il divieto di nulla prendere dalla eredità; in questo

(1) Bartolo ad L. *quoties* § si duo D. de heredib. instit.

V. pure Paolo di Castro ibid. e Corneo ad L. *quoties* Cod. eod. tit.

(2) Joan. Imol. in Cap. Rainutius, u. de testam.

Alex. ad 8 *quoties* num. 11. Cod. de

hered. instit.

(3) Decius ad L. 1. n. 2. C. de test. milit. *Purpuratus Consil.* 558 lib. 2. *Menochius cons.* 483 lib.

(4) L. *quoties* § si duo D. de hered. instit.

Auth. de Nuptiis.

caso non rimane dubbio secondo il Consiglio di Menochio, che essendo diverso il titolo de'concorrenti, quelli a' quali fu imposto il divieto sieno vinti dagli altri, che non ne avevano alcuno.

Ma bisogna non confondere questo caso con l'altro, in cui più eredi particolari istituiti in parti certe disuguali vengano alla successione del restante della eredità, per mancanza di erede universale. Questo vien formulato e chiaramente risoluto dalla legge *quoties § si duo D. de heredit. instit.*: *Si duo sint heredes instituti*, dice Ulpiano, *unus ex parte tertia fundi Cornelianus, alter ex parte ejusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione, quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur: si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur*. La legge suppone due eredi particolari in re certa con pari diritto, quanto al titolo della istituzione, ma con differente misura di quantità; e non prescrive che l'erede istituito in parte maggiore debba escludere o superare anche nel resto della eredità colui che trovisi chiamato in cosa minore, ma invece ne eguaglia interamente la condizione. E questa decisione nasce dalla presunzione che la quantità maggiore o minore del legato riguarda il caso dell'ordinaria successione; laddove quando il favor del titolo deo sublimargli alla condizione di eredi, la misura della quantità svanisce, ed entrambi debbono egualmente partecipare di quel beneficio che viene loro non dalla qualità di legatari ma dal titolo di eredi.

Non dimesso la legge si sottomette alla contraria volontà del testatore. Difatti se questi abbia talmente differenziato nell'animo suo l'uno e l'altro legato, che la diversa quantità del legato sia un indizio della diversa proporzione con la quale dovessero godere della eredità, nel caso della eventuale mancanza degli altri eredi; o se abbia voluto lasciare ad un solo il beneficio di questo evento e limitare l'altro al semplice legato, è ragionevole cosa che la presunzione ceda allora il luogo alla espressa volontà.

Di questo caso fu trattato da Giovan-

antonio Bellono nella egregia sua opera *de jure accrescendi* e di esso fece menzione Carlo Antosio de Luca nell'annotazione alla decisione 354 del presidente de Franchis. *Aliud*, dice l'aenotatore, *si ex conjecturis appareat de contraria voluntate testatoris, quia censentur heredes instituti pro iis partibus, quas in fundo habebant; quod si unus institutus in certo fundo tantum, et aliud simpliciter institutus fuerit, quod tunc propter illam dictionem taxativam tantum censetur prohibitum jus accrescendi, quoad illum, et erit heres universalis, quia simpliciter fuit institutus* (1). Da questa conclusione rilevasi altresì che non solo la volontà espressa, ma la tacita, ricavata per congetture, basta per escludere uno de' due eredi particolari dalla universale successione, se costui aver voluto il testatore concedere soltanto all'altro gli effetti del titolo di erede.

Da questo caso infuori, quando cioè non vi sia volontà contraria del testatore, la sorte degli eredi particolari in quantità disuguali, diviene eguale nella successione del restante della eredità. Tale abbiamo veduto esser la disposizione della citata legge *quoties*, alla quale non ha mancato di conformarsi la giurisprudenza; siccome fan fede le decisioni raccolte dal presidente de Franchis: *Fuit dubitatum coram me, ut arbitro ex permisso Vice-regi, quomodo sit facienda hujus hereditatis inter praedictos divisio, laudari et declaravi (detractis ex hereditate praedicta praedictis summis in eorum beneficium dispositis) reliquum esse in duas partes aequas dividendum, non obstante, quod Scipio praetenderet majorem partem habere debere, postquam in particulari institutione erat in majori quantitate institutus* (2).

E però dicevamo non doversi confondere questo caso con l'altro, precedentemente figurato. Imperciocchè non essendovi qui differenza nel titolo della istituzione, ma soltanto nella quantità del legato, non vi è ragione da stabilire veruna preminenza anche in quelle cose dello quali non trovansi avere il testatore disposto, ovvero in quei casi a' quali il testatore non ha espressamente provveduto.

(1) *De Luca ad decis. de Franchis* DLIV n. 2.

(2) *Decis. DLIV*.

DISSERTAZIONE VI.

QUANDO POSSA ESSERE AMMESSA LA PRUOVA DELLA DEMENZA
CONTRO AGLI ATTI DI ULTIMA VOLONTÀ'.

I.

Nessuna quistione è stata nel nuovo diritto più agitata che questa, che anzi dalla discettazione sono nate due sentenze, delle quali una può essere riguardata come quella della legge, e l'altra propria del foro.

La demenza è abituale o accidentale. Diverse sono le cautele, che la legge prende per l'una, o per l'altra. Circa la prima, l'articolo 504 del codice Civile (427 L.L. CC.) somministra una regola generale: « Dopo la morte d'un individuo, gli atti da esso fatti non potranno essere impugnati per causa di demenza, se non ne' casi che si fosse pronunciata o dimandata l'interdizione prima della sua morte, o che la pruova della sua demenza risultasse dall'atto stesso, che viene impugnato ». I motivi di questa disposizione sono suggeriti dal rispetto dovuto alla memoria dell'uomo, che ha onorevolmente percorso la carriera della vita, e dalla garentia promessa dalla legge agli atti suoi. Se la legge gli ha concesso il diritto di disporre delle cose sue, ed egli si è di quello valuto colla fiducia di questa publica garentia, de' essere sicuro che nel tempo in cui lascerà la società e la vita, una forza potente e giusta, più che non sono le passioni degli uomini, garentirà gli effetti civili delle sue disposizioni, e insieme con esse il nome e l'onore suo. Adunque tutto quello che è stato riconosciuto valido e legittimo in vita, de' esserlo anche dopo la sua morte.

Ammesso questo principio, i congiunti, i quali poterano provocare l'interdizione quando il loro defunto viveva, e l'hanno trascurato, qualunque sia la ragione per cui l'abbiano ommesso, non possono essere ascoltati, e non dee permettersi loro d'accusare una persona, che non

può più controporre la sua voce a quella degli accusatori suoi.

Ciò non ostante questa presunzione, della quale la legge copre, come d'un velo, la vita d'un uomo morto nel possesso di tutti i suoi diritti civili, non potrebbe essere applicata al caso della demenza accidentale, che di sua natura è temporale, e spesso momentanea ancora. Laonde se l'atto che è la conseguenza di questo stato di disordine faccia traspirare il vizio della mente, l'atto stesso distrugge la presunzione, e somministra un principio di pruova scritta, che reode men pericolose le altre pruove suppletorie.

Ora l'art. 504 (427) è applicabile alle donazioni, e a' testamenti? L'articolo è generale, comprende tutti gli atti, e perchè alcuno di essi non resti eccettuato dalla regola, prende per confine la morte. Sicchè tanto lo spirito, quanto il fine della legge dimostrano, che l'art. 504 (427) è applicabile a tutti gli atti, così tra vivi, come per morte. Difatti l'art. 901 (817) ritorna alla disposizione dell'art. 504 (427), e tra' requisiti della capacità d'un uomo, che vuol donare tra vivi, o fare testamento, pone quello della sanità della mente: *Per far donazione tra vivi, o testamento, è necessario esser sano di mente*. Inoltre non potendosi dubitare, che l'art. 504 (427) sia scritto principalmente per gli atti tra vivi, allorchè veggiamo, che l'art. 901 (817) comprende ugualmente e gli atti tra vivi, e quelli per morte, è manifesto che di entrambi anche parla il 504 (427). Questa conclusione è dimostrata dalla storia della stessa legislazione francese.

Nel progetto di legge fu da prima aggiunta all'art. 901 (817) una seconda parte, la quale fu poi riscalata nella discussione. Questa diceva: *Ces actes ne pourront être*

attaqués pour cause de démence, que dans le cas et de la manière prescrite par l'article 504 du titre de la majorité et de l'interdiction. Le opinioni circa questa soggiunta furono discordi. Alcuni temettero il restringere troppo la prova, altri l'ampliarla: e per la difficoltà di segnare quel limto insino al quale dovesse giugnere la forza della regola, e la prova dell'eccezione, la legge preferì il silenzio, dichiarando non pertanto il bisogno d'una più ampia discussione (1).

Or in questo dubbio domanda Maleville, se la legge abbia lasciato il diritto alle parti di promuovere dopo la morte del testatore la quistione della sanità della sua mento, comechè l'interdizione non sia stata prima ottenuta, o la demenza non risulti dall'atto medesimo?

« Io non lo credo risponde l'autore. L'articolo 504 è chiarissimo. È generale la disposizione che vi si contiene. Oltre a ciò l'art. 504 non fu inserito nel Codice, che per rispetto alle donazioni e a' testamenti ». Noi pure nol crediamo, e dal perchè non si presentò ai grandi uomini, i quali fecero la discussione del progetto di legge, una risposta che risolvesse il dubbio proposto, non dee conchiudersi che l'art. 504 (427) rimanga di niun vigore pe' testamenti e per lo donazioni, mentrechè per questi atti fu principalmente scritto. Il contesto di tutte le disposizioni del Codice Civile circa i testamenti dichiara meglio la difficoltà.

È difficilissima cosa, che dalle viscere d'un atto formato nel periodo della demenza accidentale non traspiri il vizio, di cui era allora infetta la mente dell'autor suo. Se questo vizio non traspira, e l'atto sia ragionevole e conseguente, dee conchiudersi, che la mente era tornata al suo stato di sanità. Cessando il vizio, cessa la ragione di combatterlo. Ma si presuppone un morbo morale insidioso, che serpeggi latitante, e faccia vaneggiare il testatore sotto le apparenze della ragione. La legge romana non riguardò come possibile questa specie di furore se non nel prodigo: *Dicus Pius matris que-*

relam de filii prodigis admisit, ut curatorem accipiant in haec verba: Non est notum quosdam, etsi mentis suae videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut nisi subveniatur his deducantur in egestatem: exigendus itaque erit qui eos consilio regat: nam aequum est, prospicere nos etiam eis, qui, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum (2). Estendiamola, se si vuole, anche al di là dell'esperienza della natura. Rispondiamo noi, che anche in questo caso la legge ha addoppiato le cautele per modo, che è impossibile non iscoprire il male, se il male esiste. La legge fa due esperimenti della sanità della mente del testatore; uno è nel giudizio che dà di se l'atto stesso, l'altro è nelle solennità esterno di cui lo riveste. Se il testatore, che si accusa di demenza, sia riuscito a comprimere la forza del male, e a mostrarsi padrone di se stesso; se tale anche mostrasi al notaio e a' testimoni, che raccolgono la manifestazione della sua volontà, e sono quasi i giudici dello stato suo; la legge non può presumere lo demente. In questo ultimo atto della vita, dice egli a tutte le persone innanzi a se congregate, « questa è la mia volontà, che io ho scritto, o dettato: conservatela, e sitene testimoni ». In quest'atto medesimo assiste egli ad una lunga serie di solenni funzioni, risponde ad un gran numero d'interrogazioni. Il parlare, il portamento, i gesti suoi, sono in quel momento sotto l'esame e la censura di sette persone, sane di mente, probe, indifferenti. Se dunque questo presupposto morbo latitante, che è sfuggito all'avvertenza stessa del testatore, sfugga ancora a quella di sette, o otto persone adoperate dalla legge, dee dirsi che il vizio è escluso da una presunzione *juris et de jure*, qual'è appunto quella dell'art. 504 (427). La legge non può e non dee esser sollecita d'un morbo nuovo, sinora sconosciuto, ed allorchè ha adoperato tutte le cautele, le quali possono bastare anche a' casi rari e difficili, ha adempiuto a tutte le parti dell'ufficio suo.

(1) *V. Conférences du Code Civil art. 901.*

(2) *L. his qui §. Dicus D. de Tutor. et Curat. dat.*

Un terzo rimedio somministra anche la legge, per iscoprire la demenza, quando questa abbia servito di pretesto all' altrui malvagità. L'art. 304 (427) garantisce gli atti degli uomini trapassati, ma non cuopre il delitto di coloro, che hanno potuto abusare della debolezza, o dell' infermità dell' ultimo stato loro. E però non vieta, che il testamento sia impugnato come falso, e sia per tal mezzo svelato il dolo-artificio de' suoi autori. Che se l' atto impugnato non è stato da altri procurato o suggerito, se l' autore di quello è stato sempre tenuto in concetto di uomo di retta o sana mente, e se l'atto stesso non annunzia che sanità e rettitudine; il distruggere tante presunzioni per lo dubbio d'un remoto possibile, sarebbe degno di quella scettica scuola di giureconsulti, che all' amor del sofisma sacrificano la verisimiglianza e la certezza. È proprio di costoro il rendere improvida la legge ne' casi ovvi, purché meritino la lode di averne preveduto uno, che non è forse nella natura dello cose.

Comechè le antiche leggi romane non avessero conosciuto alcuna restrizione della pruova testimoniale, non furono pur tuttavia meno severe delle nuove in custodire la presunzione della capacità del testatore, e furono rigide quanto poterono nell' ammetter pruove contro alla presunzione naturale dello stato degli uomini. La legge *ne Codicillos C. de Codicillis* presume, che l' uomo abbia sempre perseverato nel suo stato naturale di ragione. *Ne codicillos quidem furem posse facere certissimi juris est. Si igitur scriptura velut codicillorum patris tui sui prolata, ut aliquid ex hac peti possit: adseverationi tuae mentis eum composuisse negantis, fidem adesse probari convenit.* La l. 3 C. *qui testamenta facere possunt*, presuppone questo stato anche nell' estrema vecchiezza degli uomini consumati da' dolori del morbo: *Senium quidem aetatis, vel aegritudinem corporis, sinceritatem mentis tenentibus, testamenti factionem certum est non auferre.* E la l. 2 D. *qui testam. facere possunt* dichiara come regola generale, che l' integrità della mente, e non la sanità del corpo sia

il requisito, che decider dee della capacità del testatore. *In eo, qui testatur, ejus temporis quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est.* I giureconsulti romani estesero una tal presunzione insino al segno, che permisero anche al furioso il far testamento negl' intervalli di remissione d' animo. *Si vero voluerit in dilucidis intervallis aliquod condere testamentum vel ultimam voluntatem, et hoc sana mente incoeperit facere, et consummaverit, nullo tali morbo interveniente, stare testamentum sive quancumque ultimam voluntatem censemus etc.* (1). Il solo impedimento permanente, che faceva nascere una presunzione contraria alla capacità, era l' interdizione. *Is cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest: et si fecerit, ipso jure non valet. Quod tamen interdictione vetustius habuerit testamentum hoc valebit etc.* (2); da questo caso in fuori il vizio dell' atto doveva somministrare la prima pruova della demenza. La L. 27. D. *de condit. instit.* parla del caso in cui l' istituzione dell' erede era sottoposta ad una solle condizione, e la dichiara nulla, ma soggiugne: *Sed hoc prius inspiciendum est, ne homo qui talem conditionem posuit, neque compos mentis esset. Igitur si perspicuis rationibus haec suspicio amoveri potest, nullo modo legitimus haeres de haereditate controversiam faciet scripto haeredi.*

Riducendo dunque queste disposizioni di legge a' principi loro, le leggi romane avevano consecrato le seguenti massime: L' interdizione sola toglie all' uomo la facoltà di far testamento.

Il vizio che nasce dall' atto de' essere rimosso con pruove chiare e conclusenti.

In tutti è presunta la sanità della mente, non esclusi i furiosi negl' intervalli di ragione.

Qualunque vizio di corpo, e qualunque debolezza nascente dall' età non diminuisce questa presunzione.

La conseguenza che si vuol trarre da questa comparazione del vecchio col nuovo diritto è, che nell' interpretare le leggi nuove, le quali hanno iuteso custodire

(1) L. 9. C. *qui testam. fac. poss.*

(2) L. 18. D. *qui testam. fac. poss.*

la presunzione della sanità della mente con un più forte riparo, non si può eredere permesso per diritto nuovo, quel che era vietato per l'antico.

Indipendentemente dagli argomenti che si ricavano dal confronto delle due legislazioni, l'art. 504 (427) non potrebbe a rigore di diritto essere ristretto ad una parte sola degli atti della vita.

1.° Perchè il separare gli atti gratuiti dagli altri atti della vita introduce una distinzione non fondata nè nel diritto naturale, nè nel civile.

2.° Perchè se l'art. 504 (427) non comprendesse tutti gli atti degli uomini insino al momento della morte, sarebbe erroneamente conceputo, e conterrebbe una promessa della legge assai più ampia del suo effetto.

3.° Perchè il progetto di legge, la qua-

le rende ragione della connessione delle idee di coloro, che la concepirono, legava l'art. 504 (427) coll'art. 901 (817).

4.° Perchè tranne un solo membro del Consiglio di Stato, il quale pronunziò, non essero l'art. 504 (427) applicabile a testamenti e alle donazioni, tutti gli altri chiarissimi giureconsulti che intervennero alla discussione nol dissero e nol pensarono.

5.° Perchè le difficoltà incontrate da costoro versarono circa l'eccezione, e non già circa la regola; difatti niuno dubbiò, che l'art. 504 (427) non fosse applicabile alla demenza preesistente o abituale.

6.° E finalmente perchè l'indecisione nella quale rimase allora il Consiglio di Stato nacque appunto dalla necessità di porre in armonia l'art. 504 (427) e l'art. 901 (817).

II.

La giurisprudenza francese si è dipartita dal rigor del diritto, ed ha abbracciato la massima, che l'art. 504 (427) non riguarda le donazioni e i testamenti. Ma che direbbersi d'un testamento fatto nel vigor della vita, e della sanità, ed a cui fossero succeduti molti altri contratti? L'art. 504 (427) garantirebbe questi dall'imputazione della demenza, e non già quello?

Chechessia di tale opinione, il chiarissimo Merlin n'è stato l'autore, e gli altri che lo han seguito, han pagato un giusto tributo alla somma autorità di quel valentuomo. Rendiamogli omaggio ancor noi, o prendiamo la sentenza del Foro per norma della presente controversia. Ma questa sentenza non ha abbandonato i testamenti alle ingiurie delle parti interessate, ed ha distinto i casi ne quali può essere conceduta la prova della demenza. L'esposizione di questa dottrina è stata ampiamente fatta da Grenier, che, è incerto, se in tal sentenza abbia preceduto, o seguito Merlin.

« S' intende bene che la presunzione è sempre in favor dell'atto. E però quando s'impugna una disposizione sul motivo, che il disponente non aveva lo spirito sano, bisognano prove positive, l'estimar le quali appartiene alla saviezza de' giudici, o queste prove sono a

carico degli eredi che impugnano la disposizione sopra un simile motivo ».

« S'intende che in un'opera che noi consideriamo principalmente come elementare, non dobbiamo abbandonarci alla citazione di tutte le decisioni, che sono state pronunziate sulla questione, se si potesse dire, che il disponente avesse o no lo spirito sano al tempo della disposizione. Le circostanze variano all'infinito, ed è da queste circostanze e da fatti che sono provati, che dipende la convizione che si può formare ».

« Noi ci contenteremo d'indicare una decisione recentissimamente pronunziata dalla Corte di cassazione. Essa è del dì 18 Ottobre 1809, e si trova riportata nella raccolta di *Denovers Volume del 1809 pag. 441*. È stato giudicato che non si dovesse decidere che un testatore non era sano di mente, o che egli non godera della pienezza della sua volontà, fondandosi sull'età molto inoltrata di questo testatore, sull'estrema importanza del legato universale da lui fatto, sullo stato di dimestichezza del legatario, e sull'intera dimenticanza della propria famiglia ».

« La prova che al tempo della disposizione il disponente non aveva lo spirito sano sarebbe ammissibile, anche quan-

do fosse stato detto nell'atto di disposizione, che il notaio ha trovato il disponente sano di mente. I notari ne faranno saggiamente la menzione, giacchè si potrebbe presumere, che essi si fossero recusati a ricevere un consenso, che il disponente era fuor di stato di dare. Ma la menzione stessa non può escludere le pruove senza che sia necessario d'*iscriverci in falso* contro al testamento, perchè si tratta di un fatto, sul quale il notaio non può avere avuto che una presunzione, o anche una opinione, se così si vuol dire, ma intorno alla quale avrebbe potuto essere ingannato senza che fosse il giudice necessario di quello ».

« Ma dietro una decisione pronunziata dalla Corte di Cassazione, dopo la prima edizione di quest'opera, è utile il fare sopra questa materia una importante osservazione ».

« Ciò che si è detto non può estendersi cho al caso in cui si trattasse semplicemente d'una menzione fatta vagamente dal notaio intorno allo stato del disponente, come *uomo di sana mente*, cioè che i notari esprimono d'ordinario, dicendo che il disponente è sembrato loro *sano di sensi, di memoria e d'intendimento*. Questa menzione, come abbiamo già detto, non può mai impedire l'allegare e l'ammettere fatti contrari sulla capacità morale del disponente, se questi fatti fossero concludenti ».

« Ma se la disposizione contenesse da parte del notaio l'espressa menzione d'un fatto materiale, di cui l'esistenza servisse d'indicazione propria a conoscere lo stato o di sanità, o d'infermità del disponente, non potrebbe alcuno essere ammesso a contrastare questo fatto per la semplice pruova de' testimoni; bisognerebbe distruggere la menzione di questo fatto per la via dell'*iscrizione in falso*, dietro il principio generale, che i fatti contenuti negli atti de' notai rivestiti delle forme legali, debbono essere considerati come veri insino all'*iscrizione in falso* ».

« Laonde supponghiamo che fosse detto nell'atto, che il disponente venne a piedi in una casa terra, o nello studio del notaio per farvi distendere la sua disposizione, e che questo fatto avesse qualche influenza per stabilire la cognizione dello stato di sanità del disponente,

non si dovrebbe ammettere alcuno a contrastare un tal fatto col solo soccorso della pruova testimoniale ordinaria. L'esistenza di questo fatto non potrebbe scomparire, che per l'effetto dell'*iscrizione in falso* ».

« Per la medesima ragione la decisione della Corte di Cassazione da me annunziata, de' 19 Dicembre 1810, e riportata da Denevers anno 1811 pag. 38, ha giudicato, che avendo i notai certificato in un testamento, essere stato quello *dettato, e pronunziato parola a parola*, la Corte Imperiale di Poitiers non avrebbe dovuto colla sua decisione de' 27 maggio 1809 ammettere a provare con testimoni, che la testatrice aveva la lingua *talmente ingrossata, che essa non poteva più articolare una parola sola, che potesse essere intesa*. Per conseguente questa decisione fu cassata ».

« La Corte di Cassazione, dopo avere invocato come principi della sua decisione l'articolo 28 della legge de' 27 ventoso anno 8, l'art. 13 sez. 2 del tit. 1 della legge de' 29 settembre 1791, e l'art. 19 della legge de' 25 ventoso anno 11, ha dichiarato, che la Corte Imperiale di Poitiers, ammettendo siffatta pruova, aveva violato le disposizioni delle due ultime leggi qui sopra citate, le quali non permettono, che l'esecuzione di un atto di notaio possa essere sospesa, nè possa essere impugnata in ciò che il notaio enunzia, *relativamente alla sostanza, alle disposizioni che contiene, e alle forme e solennità, che dice essere state osservate*, se ciò non sia per l'iscrizione in falso ammessa e giudicata, o per la dichiarazione di un giuri, che dichiara esservi luogo ad accusa sulla querela di falso principale, o finalmente nel caso di denunzia di un falso incidente, allorchò un tribunale ha giudicato conveniente di sospendere l'esecuzione di quest'atto ».

« La decisione della Corte Imperiale di Poitiers, che fu cassata, era la stessa che io ho riportata più sopra in questo numero. Aveva essa dichiarato, che l'art. 901 del Codice Napoleone fosse assolutamente indipendente dall'articolo 504 dello stesso Codice, e che per conseguente si dovesse ammettere a pruova tutt'i fatti capaci di stabilire, che l'autore di una donazione tra vivi, o di

un testamento, non era sano di spirito nel tempo in cui questi atti furon formati, senza distinguere se questi fatti avessero, o no costituito uno stato permanente di demenza. Questa decisione aveva in ciò ben giudicato, e però fu in questo punto confermata a ricorso della parte interessata ».

« Ma siccome aveva mal giudicato, ammettendo una prova testimoniale contra un fatto enunciato nell'atto, così il Merlin procuratore generale presso la Corte di Cassazione produsse ricorso contro questa parte della decisione, che fu cassata nell'interesse della legge ».

« La discussione di quest'atto magistrato era propria a spander luce sopra una tal questione. Si vede da quella, che egli fondossi sull'opinione di Lapayrère alla parola *testamento*, tom. 2 pag. 782 edizione del 1807, dove è detto: *Quando ciò che si allega impugna il tenore stesso dell'atto, e l'enunciazione di un fatto, di cui la cognizione appartiene al notaio, v'ha l'obbligo d'iscriverlo in falso. Per esempio, se si pretende, che il testatore non poteva punto parlare, o che i testimoni abbiano sottoscritto separatamente* ».

« Merlin invocava pure l'opinione di Boutaric, *Istituti di Giustiniano comparati col diritto Francese* lib. 2. tit. 12 §. 1. Questo autore, dopo aver detto, che la prova della demenza del testatore è ammissibile senza iscrizione in falso, anche quando è enunciato nell'atto, che il testatore era nel suo retto senso e intendimento, aggiunge: *Ricordami aver veduto discettare alla udienza della Gran Camera (il dì 14 marzo 1694), se dovesse lo stesso praticarsi quando allegorasi, che il testatore non poteva parlare, e se si potesse essere ammesso a provare quest'ultimo fatto, e a provare anche l'imbecillità, senza essere obbligato d'iscriverlo in falso: fu giudicato di no; e v'ha infatti una gran differenza da un caso all'altro. Che un testatore sia o no in retto senso, questo è quello che il notaio non esamina. La clausola colla quale egli l'attesta è riguardata, siccome è stato già detto, come una clausola di stile. Ma che il testatore*

sia o no in istato di parlare, questo è quello che non può essere equivoco. È un fatto nel quale nè il notaio, nè i testimoni non possono essere ingannati, o sorpresi. La prova del fatto contrario non può essere ammessa. L'atto d'essere impugnato come falso ».

« Ciò che l'anzidetta decisione ha giudicato, dice Merlin, ciò che questi autori hanno insegnato, è al giorno d'oggi tanto meno soggetto a contesa, quanto le leggi nuove hanno avuto cura di stabilirlo con espresse disposizioni. Queste leggi, secondo Merlin, sono quelle intorno al notariato, di cui le date sono state riferite, allorchè abbiamo citato la parte dispositiva della decisione ».

« Trattandosi d'una questione importante, sulla quale noi avevamo manifestato un'opinione, eh'è stata di poi confermata, abbiám eredito utile il far conoscere al lettore i principali motivi del Merlin, attesochè la sua discettazione non ha potuto essere scritta nel suo nuovo Repertorio di giurisprudenza, essendo recentissima la decisione de' 19 dicembre 1810 (1) ».

Su qua si è parlato delle presunzioni di diritto, colle quali la legge custodisce i testamenti, riguardati come atti pubblici. Quali sono i casi ne'quali, salvo il rispetto dovuto alla fede del notaio e de' testimoni, può dubitarsi della sanità della mente del testatore? Un luogo del celebre d'Aguessau, riportato dallo stesso Merlin, risolve questa seconda questione. *La saviezza o la demenza, dice l'illustro magistrato francese, sono due qualità dell'anima, tanto invisibili, quanto l'anima stessa; e siccome noi non conosciamo l'anima degli altri uomini, che per le parole, o per le loro azioni esterne, così non si può, se non per questo solo mezzo scoprire le anzidette qualità. Ma tra queste azioni, le quali sono, per così dire, i segni naturali delle passioni dell'animo, ve n'ha di quelle, che sono talmente personali, e sì attaccate, sì inerenti, e per così dire, sì strettamente unite alla persona stessa, che è impossibile supporre che costui le abbia fatte, senza riconoscere la propria saviezza e*

(1) Grénier, *traité des donations et des*

testaments, 1. part. ch. 3 sect. 2 n. 103.

capacità; per esempio, che un magistrato abbia esattamente adempiuto a tutti i doveri della giustizia, ed abbia egli esercitato tutte le funzioni dell' magistratura pubblicamente, saggiamente, continuamente; si potrebbe in questo caso dubitare, che egli non abbia avuto abbastanza di ragione e di giudizio per fare un' ultima disposizione; e si ammetterebbe la prova di testimoni contro ad una presunzione così forte ed invincibile, come quella che noi proponiamo? Lo stesso sarebbe di ogni altra pubblica funzione esercitata nel tempo stesso del testamento. La natura di tali funzioni non permette, che l'azione di colui che l'esercita, possa esser supplita da un ministro straniero.

Lo stesso sig. d'Aguessau, mentovando le differenti opinioni intorno alla prova de' testimoni, aggiunge alla medesima aringa: *La contraddizione che s'incontra circa questo articolo nella giurisprudenza de' tribunali, basta a stabilire la vera massima che si dee seguire nella decisione di simili controversie. V'ha di coloro che ammettono la prova de' testimoni, e questo serve a dimostrare in generale, che la prova è ammissibile. V'ha di coloro che la rigettano, e l'autorità loro fa vedere, ch'essa non è sempre ammissibile (1).*

Ma quale sarà la regola, che dovrà guidare il giudice nell'accordare, o negar la prova? Ogni giudizio, che versa circa la qualità delle azioni, è rimesso alla prudenza del giudice, il quale è libero nell'estimazione del fatto, purché non abbraeci massime tali, che possano in circostanze dissimili offendere il senso, o il principio della legge. Diverse sono state le conciliazioni, che gli scrittori del nuovo foro hanno proposto, ma altre regole generali, a nostro credere, non possono esser date, se non quelle che diranno la critica de' giudici del fatto.

Il traduttore italiano dell'opera di Mabileville propone la seguente conciliazione. Io credo che si possa conciliare ogni

cosa, considerando, ch'egli è difficile assai per non dire impossibile, che la pazzia non risulti dal testamento medesimo, nel quale caso lo stesso articolo 504 non mette veruna importanza all'interdizione, nè si cura che ella sia seguita o no. Che se il testamento, come fatto da un pazzo, fosse tale da poterlo attribuire senza scrupolo ad un uomo saggio, io non trovo che vi sia più alcun motivo per disapprovarlo, e per attaccarlo di nullità; molto meno per derogare alla saggia prescrizione, che non concede di contrastare in giudizio la demenza di un uomo, dappoché egli è mancato di vita.

Qualunque sia l'autorità che voglia darsi a questa conciliazione proposta dal giureconsulto italiano, ella è certamente uniforme al sentimento di d'Aguessau ed è coerente alla natura stessa dell'atto; dappoché il primo indizio della saviezza, o della demenza de' esser ricavato dall'atto stesso che s'impugna. Che se questa regola sembrasse pericolosa ne' casi d'un morbo nascosto, il quale insidiasse la ragione senza rendere manifesta la sua influenza, non si potranno almeno sfuggire le cautele suggerite dagli stessi scrittori, che hanno più abbondato nel senso della prova, e dalle decisioni della Corte di cassazione francese. *In tutti i casi, dicono queste, i fatti allegati debbono esser gravi, e pertinenti, e debbono indicare la debolezza dell'animo, che anzi la sola debolezza non è sufficiente (2).*

Da tutte le cose sin qua dette apparisce, che quando vogliasi seguire l'opinione ricevuta nel foro, senza più discettare del vero senso degli articoli 504 e 501 del Cod. Civ. (427 e 817), debbono aversi come altrettante verità dimostrate:

1. Che ogni fatto attestato dal notaio non può essere impugnato colla prova de' testimoni;

2. Che il solo mezzo, onde distruggere la verità del fatto, così contestato, è l'iscrizione in falso;

(1) *Merlin, question de droit art. testament. § 3.*

(2) *Sirey decise. de' 4 maggio 1803, Journal du Palais 2 sem. del 1803 pag. 330.*

Ricard. des donations part. 1 cap. 3 sez. 3.

Grenier luogo citato num. 101, 102, e 103.

3. Che la demenza può esser provata per testimoni, quando si allegghino fatti gravi e pertinenti, i quali sieno capaci di distruggere quella presunzione di saviezza, che risulta dalla vita del testatore, o dalla ragionevolezza dell'atto, che si vuole impugnare;

4. Che l'estimazione di tali fatti è com-

messa alla critica de' giudici, i quali non offendono la legge, quando senza negare il principin dell' ammissibilità della prova, dichiarino i fatti allegati, o non gravi o non pertinenti, o non sufficienti a distruggere le presunzioni, che garentiscono l'atto impugnato.

CONSULTAZIONE (VII).

CHE S'INTENDA PER CAUSA COMUNE TRA PIU' CONSORTI DI LITE?
INTERPETRAZIONE DELL'ART. 589 DEL CODICE
DI PROCEDURA CIVILE.

I.

Soluzione ricavata dal detto art. 589.

Il testo dell'art. 589 è espresso ne' seguenti termini.

« Potranno con un solo ricorso e con un solo deposito impugnarsi più decisioni pronunziate nello stesso giudizio, purché una sia dipendente dall'altra.

Potranno similmente più persone in affare comune produrre un solo ricorso con un solo deposito.

Se i ricorsi sieno separati, non si potranno esibire, che mediante tanti depositi quanti sono i ricorsi (1) ».

Le conseguenze che si ricavano da queste disposizioni di legge, e dalle altre scritte negli art. 582 e 585 dello stesso codice sono: 1.° è ricorso allorché v'ha deposito: I ricorsi debbono essere tanti quante sono le persone che impugnano una decisione. Unica eccezione di queste regole è il caso in cui più persone abbiano un affare comune.

Ma qual è l'affare comune? Cotesta definizione può ricavarsi, 1. dagli esempi dello stesso codice di procedura, 2. dal significato ricevuto della parola, 3. dai principi dell'antico diritto, che sono la fonte di ogni legale interpretazione.

Il Codice di procedura dà nell'articolo 844, una definizione implicita de' vocaboli comune e diverso affare. I creditori posteriori in ordine d'ipoteca alle graduazioni poste in controversia debbono scegliere uno stesso procuratore per contraddire a coloro che gli precedono, ma se ciascuno de' creditori posteriori promuova una controversia individuale, non può

essere dal creditore comune rappresentato. Nel primo caso la legge dichiara comune la ragione de' creditori, che vogliono escludere il competitore loro; dappoiché tutti convengono nell'interesse di rimuovere un ostacolo a ciascuno pregiudizievole. In tal caso è manifesto che non si tratta di esaminare le ragioni singolari degli opposenti, ma una ragione comune alla massa contro a' primi che vogliono assorbire il prezzo de' beni venduti. Or se la massa de' creditori opposenti dovesse produrre ricorso per annullamento, dovrebbe presentare un ricorso solo, ovvero tanti, quanti sono i creditori de' quali si compone? Non v'ha dubbio che basterebbe un ricorso ed un deposito solo, siccome ha in due casi deciso la Corte di cassazione di Francia. In una decisione de' 27 di Febbraio 1815 nella causa tra Gihoul e Gosselin, essendo stata opposta l'irricevibilità d'un ricorso presentato con un sol deposito da due creditori che in nome collettivo eransi opposti alla collocazione fatta dal tribunale di Rouen, la Corte di cassazione considerò, che avendo i ricorrenti figurato nell'ordine, non come semplici creditori individuali, ma come uniti per difendere i loro interessi in comune e per lo ministero d'un sol patrocinatore; che da quel momento avendo il medesimo interesse, e tendendo essi al medesimo fine, non erano tenuti a fare che un deposito solo; perciò quella Corte rigettò l'allegato motivo (2).

E nella causa Lepelletier e Letimonier,

(1) Questa disposizione è ricavata dall'art. 5, tit. 4. del Regol. del 1734, dall'art. 8 del Regol. del 1738 pel Consiglio di Stato di Francia e dall'art. 17 della

legge de' 2 Brumaio an. IV.

(2) V. la citata dec. in Sirry Tomo XI. P. 1. pag. 188.

nella medesima specie avendo la stessa Corte considerato, che i *ricorrenti hanno un interesse comune e che giusta l'articolo 760 del codice di procedura hanno dovuto convenire nella scelta d'un comune patrocinatore, e però non sono tenuti che ad un deposito solo*; perciò rigettò del pari che nel primo caso l'allegato motivo d'irrecetibilità (1).

Ora è manifesto che la conseguenza sa-

rebbe stata diversa, se i creditori avessero agito per lo sperimento di ragioni individuali, e se non si fossero trovati nel caso d'una comune difesa ch'era imposta loro dall'articolo 760 del codice francese, che corrisponde all'art. 844 delle nostre leggi di procedura. E questo dunque un caso di eccezione il quale spiega e conferma la regola generale.

II.

Significato della parola Comune.

Si è discettato sovente nel Foro del significato da attribuire alla parola *comune*, e quando tra più consorti di lite, l'appello prodotto da alcuno possa giovare anche ad altri. Però brevemente si osserva che *Causa comune* vuol dire quoll'azione, o eccezione che nasce da una medesima causa, e si sostiene colle medesime ragioni di difesa. La stessa causa, e la medesima difesa son due requisiti, che debbono necessariamente trovarsi insieme, dappoi che costituiscono quell'identità di diritto, senza la quale può il giudicato fatto per uno, non essere all'altro applicato. *Laonde comune* può dirsi l'interesse de' correi del debito, o del credito, del debitore e del mallevadore, de' coeredi e legatari d'un stesso testamento, de' condomini d'un fondo, d'una servitù, o d'una cosa mobile. In somma quella stessa identità di cosa, che si richiede per costituire il giudicato, contiene la comunità d'interesse tra due o più persone. Coteste persone chiamansi anche nel nuovo linguaggio pratico *consorti di lite*, giusta la definizione di Merlin: « consorti di lite diconsi quelli che hanno tra loro il medesimo interesse in una causa, o in un affare civile, quantichè si volesse con tal vocabolo esprimere, che la sorte degli uni è legata a quella degli altri (2) ».

Che questa e non altra sia la comunità dell'affare, di cui parla l'art. 589 del nostro codice di procedura, vien dimostra-

to per lo stesso diritto ricevuto nella materia degli appelli, dappoi che è noto, che questi due rimedi legali procedano con perfetta analogia tra loro. Da una decisione della Corte di appello di Torino abbiamo non solamente la dimostrazione della regola, che de' essere contrapposta a' casi di eccezione spiegati nel paragrafo precedente, ma anche una chiara definizione della *causa comune*. Un mallevadore aveva prodotto appello in tempo utile, mentrè che il debitore principale appellò, quando era già scorso il termine legale. Il tribunale civile dichiarò *irrecetibile* il secondo appello, ma la Corte superiore considerò;

Essere un principio stabilito da molte altre decisioni, che l'appello prodotto da uno de' collitiganti è riputato comune ed utile agli altri, purchè abbiano il medesimo interesse nell'affare, e purchè i motivi di difesa di costoro sieno comuni all'appellante;

Non potersi dubitare nella specie che gli appellanti abbiano un uguale interesse nell'azione, e che la causa dell'una sia quella dell'altro.

Per siffatto considerazioni la Corte rievocò la sentenza de' primi giudici, e permise al debitore il far le prove de' fatti allegati, ond' escludere la sua obbligazione (3).

Comune dunque, nel significato di diritto è quell'affare, nel quale i collitiganti hanno un medesimo interesse, sostenuto dagli stessi motivi di difesa.

Consorti.

(3) *V. Sirey Tom. XI. P. 11. pag. 433.*

(1) *V. la citata decis. de' 3 Febb. 1819, Sirey Tomo XIX P. 1. pag. 247.*

(2) *Merlin Répert. de jurisprudence. Art.*

Interpretazione ricavata dal diritto antico.

La disposizione del presente codice di procedura, che abbiamo sin qua illustrata, è stata attinta dalle leggi romane, che nella causa comune dichiararono promiscuo non solamente l'appello, ma anche ogni altro straordinario rimedio dalle leggi concesso. La legge prima e seconda del codice *si unus ex pluribus appellaverit* stabiliscono la massima a rispetto degli appelli. *Si in una eademque causa unus appellaverit, eique justa appellatio pronuntiata est: ei quoque prodest qui non appellaverit* (1). E nella legge prima *C. de diversis rescriptis* è detto: *Si libellum de communis causa tu, fraterque tuus dedistis, quavis rescriptum ad unius personam directa sit, utrique tamen prospectum est.*

Da cotesta regola non pertanto eccettuavasi il caso in cui il rimedio fosse stato prodotto dal minore per privilegio della legge. *Quod si aetatis auxilio unus contra sententiam restitutionem impetraverit, majori qui suo jure non appellaverit, hoc rescriptum non prodest* (2). Che se la materia fosse stata individua accomunavasi puro il privilegio, e di quello godeva anche il maggiore (3). Adunque può a due massime ridursi la romana giurisprudenza per rispetto agli appelli ed agli altri rimedi prodotti da uno de' consorti della stessa causa. Perchè l'appello dell' uno giovi all' altro, conviene che identico sia il soggetto del giudizio. Conviene che sia non solamente identico, ma *individuo*, se il maggiore voglia valersi del privilegio del minore.

Dagli esposti principi discende la di-

sposizione della legge II. *C. de consortibus ejusdem litis*, la-quale permette ad uno de' consorti della lite il proseguire a nome di tutti la lite già contestata, perchè si obblighi per la ratificazione degli altri: *commune negotium post litem legitime ordinatam, etiam quibusdam absentibus, in solidum agi, sine mandato potest.*

Brunemanno comentando le parole *commune negotium* dice essere propriamente quello de' consorti della lite; e dà di costoro la seguente definizione: *Sunt autem consortes litis proprie, qui habent communem causam agendi vel se defendendi* (4). E quanto al consorzio della lite nota il Cuiacio: *ut rei, ita litis ejusdem rei nomine plures agunt, aut conveniuntur. Et consortes ejusdem litis, quorum communis est res in judicio deducta. . . Vel consortes ejusdem litis sunt socii, inter quos communis est ea res, de qua litem simul omnes contestantur, vel unus eorum tantum* (5).

Ma maggiore di tutte le altre autorità è certamente quella di Ulpiano, che vollo ridurre questa dottrina ad una generalità di diritto: *Quod est rescriptum in communis causa, quoties alter appellat, alter non, alterius victoriam etiam ei proficere, qui non provocaverit, ita demum probandum est, si una eademque causa fuerit defectionis; coeterum, si diversae, alia causa est* (6). Adunque tanto nell'antico, quanto nel nuovo diritto, per dirsi comune un affare, non basta che comune sia l'interesse de' litiganti; ma è necessario che identica sia la ragione della difesa.

(1) *L. 2. C. si unus ex pluribus.*
V. anche la legge 1.

(2) *V. la seconda parte della legge 2. Si unus ex pluribus, di sopra citata.*

(3) *L. Si commune D. quemadmodum servit. annull.*

L. Si is qui duos D. de liberat. leg.

L. Loci § si fundus D. si servit. vindicet.

(4) *V. Brunem alla legge commune negotium.*

(5) *In paratit. ad cit. Cod. tit.*

(6) *L. 10. D. de appellat. et relat.*

La stessa dottrina, illustrata per l'antica pratica del Foro.

Non solamente gli appelli, ma le *reclamazioni* e le *nullità* proposte da uno tra più consorti di liti sono state sempre nella pratica regolate co' principi del diritto sinora esposti, di che fanno fede le testimonianze degli scrittori del Foro, e gli esempi delle cose giudicate a memoria degli uomini viventi. Carlo Antonio di Rosa nella sua pratica civile così espone il privilegio de' consorti della lite: *Consortes liti beneficiis quoque fruuntur, si causa individua sit, et eadem actione ex jure in judicium veniant, aut periculum et commodum ad omnes pertineat, ut plures haeredes causa defuncti, vel plures successores causa unicae cessionis* (1).

Un altro scrittore di pratica civile esamina egualmente la questione, se l'appello di uno possa giovare all'altro, e quella risolve nel seguente modo: *vel est eadem causa, defensio, jus commune, puta si omnes tutores aequae administraverint, et sententia lata sit contra unum, vel ex distincto negotio, defensio jus habent, puta si unus sit privilegiatus, non alter, unus non alter tutor administraverit. Si primum, hoc est si idem negotium, eadem defensio, jus commune omnes aequae afficiunt, affirmamus appellationem unius prodesse aliis etiamsi non adhaeserint appellationi. Si vero non sit idem negotium, eadem defensio, idem jus commune, tunc dicimus appellationem unius non prodesse aliis. Nam tunc sunt tot sententiae, quot sunt negotia, personae, defensiones; adeoque sunt proponenda tot appellationes, quot sunt negotia* (2).

Quel ch'è detto de' rimedi dati dalla legge contro a' decreti de' giudici, vale

anche pe' depositi, i quali formano una condizione, colla quale possono essere ricevuti.

Il rimedio delle *nullità* doveva nell'antico rito giudiziale essere prodotto nel deposito, del pari che de' esserli oggi il ricorso per annullamento. Tanti dovevano essere i depositi, quante erano le persone, che valersi volevano delle nullità, e però le controversie che oggi riproduconsi sotto il nome de' nuovi rimedi, possono essere decise con una perfetta identità di diritto colla nostre antiche regole. Sovente interveniva, che le nullità proponevansi con un sol deposito a nome di molti, che non avevano lo stesso interesse nella causa, e che scambiavano l'unità del giudizio colla diversità delle cose, delle quali discotevansi. In questi casi le nullità rigettavansi per la mancanza del deposito. Un esempio famigerato di tal pratica si ebbe nella causa della Principessa della Villa, nella quale il S. C. rigettò le nullità di tutti, perchè non proposto con tanti depositi, quante erano le diverse persone degl'interessati, comechè costoro avessero tra loro fatta una comunione di ragioni, approvata con decreto d'expedit della G. C. della Vicaria.

Non altrimenti nella nuova pratica la irricevibilità de' ricorsi per mancanza di altrettanti depositi vien sostenuta dall'autorità delle decisioni della nostra Corte Suprema di Giustizia. Fra le quali giova far menzione di quella pronunziata nella causa di Circello, Marano e de Angelis, dove giudicati diversi gl'interessi de' ricorrenti fu dichiarato irricevibile l'unico ricorso prodotto con un solo deposito.

(1) De Rosa Civ. decret. Prax. Ed. Neap. 1706. pag. 448.

(2) Sorge Prazis Civ. de Appellat. n. 11.

CONSULTAZIONE (VIII).

DEL CONCORSO DELLE AZIONI DI NULLITÀ E DI FALSITÀ
CONTRO AD UN MEDESIMO ATTO.

I.

Richiesti se si possa cumulare insieme le due azioni di falsità e di nullità contro ad un medesimo atto, rispondiamo.

Sebbene il codice di procedura civile non parli delle azioni, pur tuttavia non sono meno certe le regole che intorno a quelle si ettingono della natura e dall'ordine de' giudizi. Forse meglio pensò la Corte di Cassazione francese della necessità di anteporre al codice del rito giudiziale il titolo delle azioni, come quelle le quali servono di passaggio dalle leggi civili alla procedura (1); ma comunque fosse saggio ed utile un tal divisamento, piacque a' legislatori che queste regole di diritto fossero piuttosto implicite che espresse. Fa d'uopo dunque dimostrare così per l'antico come per lo nuovo diritto, che quando a taluno competano per la medesima cosa due azioni sieno personali, reali o miste, l'una eletta toglie ed estingue l'altra, semprechè per la seconda non possa aversi più che si è già per la prima ottenuto: giova parimenti dimostrare che quando di queste due azioni una sia pregiudiziale all'altra, quale appunto è la falsità a rispetto della nullità, convenga necessariamente scegliere la prima, e riservare l'altra all'esito di quella.

Vietacono le leggi romane all'attore l'accumulare nello stesso libello più e diverse azioni, il che per l'opposito era permesso al reo convenuto, la cui causa era sempre dalle leggi più favorita (2).

Me nella procedure mista, che formossi in Europa dalle antiche regole de' giudizi e dalle disposizioni del diritto canonico, prevalse la massime e la pratica contraria, sì che civilmente parlando furono reputate come altrettanti libelli le diverse azioni, che da' diversi fatti narretti nascevano. Ciò non ostante non deesi confondere l'esercizio di queste diverse azioni con la facoltà di proporre: fermiamoci per ora a ciò che riguarda l'attore, per distinguere poi quel che concerne l'ufficio del giudice.

Potevansi produrre più azioni nello stesso libello, purchè non fossero tra loro contrarie e ripugnanti: *Cavendum tamen, dice Voet, ne tales cumulentur, quae sibi in eicem contrariae sunt, quarumque una subvertit alteram; adeoque nec conjungenda petitio hereditatis ex testamento cum ea quae ab intestato est, nec injuriarum actio cum actione ex lege diffamari, cum altera petatur, ut reus emendet ac reparet injuriam; altera ut actionem intra certum tempus instituat, aut alioquin sileat, quae quam non possint simul subsistere, sponte patet* (3).

Quanto poi all'esercizio dello diverse azioni che possono competere per la medesima cosa e tra le stesse persone, altre sono le regole alle quali conviene ricorrere. Tre sono i casi ne' quali può scontrarsi il concorso di diverse azioni: il primo è, quando di due azioni una assorbe ed estingue l'altra: il secondo, quando per ciascuna azione può l'attore con-

(1) *Observations préliminaires de la Cour de Cassation sur le projet de Code de procédure civile.*

Sirey T. XI. P. 1. pag. 1.

(2) *L. cum filius 76 §. penult. D. de legat. 11.*

L. qui servum 34 D. de oblig. et act. L. singulis D. de except. rei judic.

L. favorabiliores 125 D. de reg. jur. Wissenbach. ad Pand. disp. 3. Thes. 19.

(3) *Voet lib. II Tit. XIII. de Edendo n. 14.*

seguire il medesimo effetto: il terzo, quando un' azione contenga più o meno dell'altra (1). Or i diversi effetti de' tre divisati casi possono essere enunciati con tre sentenze ricavate dalle parole stesse della legge: nel primo, *una actio electa altera perimitur* (2); nel secondo, *actio altera evanescit, si per alteram prius intentatam actor id consecutus sit quod in altera nec dum mota continetur* (3); nel terzo, *licet ex una quis jam aliquid adeptus sit, altera nihilominus agere possit* (4). In generale una massima regge le tre divise classi, e spiega il fine che il legislatore ha avuto nel concedere diverse azioni per la medesima cosa. Il fine non è stato di moltiplicare le liti, e di dare alle parti più armi nell'uso delle quali potessero a loro voglia lussureggiare, ma è stato unicamente di dar loro, tra diversi mezzi, la scelta del più utile: *non enim ea mente datum est legataris pluribus actionibus uti, sed ut laxior eis agendi facultas sit ex una interim, quae fuerat electa, legatum petere*.

Premesse tali nozioni generali a quale delle tre indicate classi diremo che appartengano le cumulate azioni della falsità e della nullità? È manifesto che appartengano alla prima, dappoichè colui il quale nega l'esistenza di un atto, se riesca nel suo intento, assorbe ed estingue l'altra azione che lo suppone esistente ma fatto contra le forme del diritto civile. Quindi queste due azioni non possono essere nè proposte nello stesso libello, nè dal giudice in uno stesso tempo esaminate. La sola cosa che alquanto differenzia l'azione del falso dalle altre noverate nella prima classe, si è che l'attore rigettato nel giudizio di falsità, può in un nuovo giudizio sperimentare la nullità. Cotesta eccezione è scritta nella legge 47 *D. de hereditatis petitione*: *Lucius Titius quum in falsi testamenti propinquas accusatione non obtinuerit, quaero an de non jure facto nec signato testamento quaerela illi compe-*

tere possit? respondit: non ideo repelli ab intentione non jure facti testamenti, quod in falsi accusatione non obtinuerit. Per la qual cosa dee dirsi che la querela del falso assorbe le altre azioni intorno alla validità, se l'attore in quella riesce; laddove non l'estingue se da quella sia rigettata. Ma non però è permesso alla parte o al giudice unirli all'azione d'invalidità, attesa la sua natura di azione pregiudiziale. Una tal verità nasce dalla legge ultima *C. de ordine judiciorum*, e dalla legge unica *C. quando civilis actio criminali praepjudicet*. Le nostre patrie leggi, cioè la costituzione di Federico *si civiliter agens*, e le prammatiche *de falsis* non derogarono all'anzidetta regola, ma frenar vollero l'abuso che facevasi de' giudizi criminali, e specialmente della querela del falso, per impedire il libero e spedito corso de' giudizi civili (5). Tutte le citate ordinazioni, principalmente fatte po' giudizi di falso incidente che facevansi nascere nel corso de' giudizi civili, furono fondate sopra la presunzione che se la querela di falso fosse stata ben fondata, avrebbe dovuto il querolante da prima promuoverla, anzichè attendere di essere provocato. E per verità tanto la restrizioni opposte dalle nostre antiche leggi negli enunciati casi, quanto la presunzione dalla quale fu mosso l'animo del legislatore dimostrano che non s'intese derogare alla regola che l'azione pregiudiziale debba essere sperimentata prima della principale. Imperciocchè la costituzione *si civiliter agens* presuppone il caso in cui l'attore nel giudizio civile sia dal reo convenuto accusato in giudizio criminale, e le prammatiche *de falsis* presuppongono, come il caso più frequente, che i testimoni esaminati nel giudizio civile sieno redarguiti di falso in un giudizio criminale. Ma nessuno osò giammai rievocare in dubbio che se dal fatto che forma la materia del giudizio criminale dipendesse tutta la ragione delle parti nella controversia civili-

(1) *Voet de oblig. et act. Lib. XLIV. Tit. VII. n. 16.*

Vinnio de concursu plur. act. Lib. III. Cap. 42. L. 1. 34 D. de Leg. II.

(2) *L. 76 cum filius §. 8 variis D. de Leg. II.*

L. plura delicta D. de oblig. et act.

(3) *L. 41 §. 1. D. de oblig. et act.*

L. 1. D. de arbor. furtum caes.

(4) *L. 47 D. pro socio.*

L. 14 §. si is cui rem D. de oblig. et act.

(5) *Decis. d' Affitto 229.*

lo non si dovesse sospendere il secondo insino all'esito del primo. In conferma di che vale non solamente la decisione 229 di Afflitto, di sopra citata, ma anche l'autorità di tutti gli scrittori del Foro. Farinacio traò appunto esempio delle azioni pregiudiziali dalla querela del falso, e ne stabiliscei casi ne' seguenti termini: *quando causa criminalis absorbet civilem, vel quando se non compatitur cum civili, vel est ex: usura juris agentis civiliter . . . nam semper ac duae concurrunt quaestiones et causae, sive una civilis sit et altera criminalis, sive ambae civiles, et sive etiam ambae criminales, et earum una sit alteri praepjudicialis, tunc procedendum est in ea quae praepjudicialis est, in alia autem supersedendum (1).* Ed il nostro Consigliere Francesco Prato: *Si causae criminalis determinatio pareat exceptionem rei judicate in civili, tunc supersedendum in causa civili tradit Cynus in lege prima n. 6 C. quando civilis actio etc. ubi pariter quod causarum praepjudicialitas oritur nedum ex perplexitate et contrarietate sententiarum, verum ex intricatione processuum . . . ita, per Rotam Romanam fuisse determinatum die Veneris 7 novembris 1614 etc. Quae adeo veritate nituntur ut una causa dicatur alteri praepjudicialis, non solum actu et effectu, hoc est quod sententia in uno lata pariat exceptionem rei judicatae in altera, sed etiam potentia, ut puta si parere possit praepjudicium, sienti ponderat Farinacius etc.: bene tamen facit Surdus consilio 139 inquitur hoc esse adposite introductum, ne sequantur sententiae plures ad invicem contrariae subdend quod si isto casu procederetur ad sententiam, esset nulla, ut . . . tenet Guazzinus, ibique in dubiam praepconizat conclusionem, quod sit supersedendum causa civili, eriminali jam intentata: eandemque approbavit Rota in una Romana hereditatis de Stoechiis die lunae 9 martii 1698 coram Giptio (2).*

I pericoli che gli allegati scrittori hanno preveduto che potessero nascere dal turbamento dell'ordine de' giudizi, sono

della specie di quelli che vanno per bocca di tutti come esempi degli errori e delle contraddizioni degli umani giudizi, cioè lo stesso fatto, da un tribunale giudicato vero da un altro falso, da uno dichiarato come avvenuto, da un altro come impossibile ad avvenire; o la stessa persona da uno dichiarata saggia e dall'altro demente; o da uno giudicata rea de' più gravi abusi della virilità, e dall'altro incapace sì dell'errore che del fatto.

Non sarebbe necessario l'indagare se tutte le anzidette regole del diritto antico sieno stato conservate dal nuovo, tra perchè queste appartengono all'essenza del giudizio, e perchè nel silenzio delle leggi derivate conviene sempre ricorrere alle primitive. Ma non è difficile dimostrare la perfetta congruenza delle une colle altre.

Il principio regolatore del diritto e dell'ordine delle azioni, giusta il codice di procedura è che l'interesse sia la misura delle azioni: *colui che non ha interesse è impedito di agire* (3). Ora applicando questo principio alla quistione che nasce dal concorso di più azioni, è manifesto che colui il quale ha scelto l'azione in cui si contiene il più non ha interesse di spingere quella dalla quale potrebbe avere il meno.

Inoltre per tutto quel che concerne l'ordine e la connessione delle azioni pregiudiziali, la novella procedura segue le stesse regole dell'antica, siccome apparisce e dal codice civile, e dal codice di rito, e dalle interpretazioni della giurisprudenza francese.

Il codice francese dà nell'articolo 189 un esempio d'una quistione pregiudiziale nel caso che i coniugi legati in un secondo matrimonio sostengano la nullità del primo. In questo caso vuole che si decida del primo, e si soprassegga dal giudizio del secondo. Il codice di procedura parimenti tratta come quistioni pregiudiziali tutte le eccezioni dilatorie, e gl'incidenti della competenza e della ricusa, pe' quali dà all'appello un effetto sospensivo. La giurisprudenza dimostra che tut-

(1) Farinac. de fals. quaest. 100 ampliat. 1. num. 60.

(2) Prato respons. crimin. XIV n. 21

et seq.

(3) Sirey observ. prélim. de la Cour de Cassat. T. 9. p. 1.

te le quistioni *pregiudiziali* debbono essere trattate prima delle principali sotto pena di nullità (1). Infine nella materia della querela di falso o che questa sia prodotta per incidente ovvero per azione principale, la legge obbliga i giudici di soprassedere dal giudizio civile, tranne il caso in cui il documento impugnato fosse estraneo o non pertinente al merito della causa (2). In somma le regole che risguardano l'ordine e la connessione tra

le azioni *pregiudiziali* e le principali sono le stesse nell'antico o nel nuovo diritto: espresse nell'uno sono state implicitamente seguite dall'altro, o perchè i nuovi legislatori giudicarono superfluo il ripeterle, o perchè sono esse così inerenti alla natura ed al fine de' giudizi, che possono essere risguardato come appartenenti all'ordine pubblico più che alle leggi secondarie della procedura.

(1) V. Merlin Répert. art. Questions préjudicielles, Questions d'Etat, Légis-

limité.

(2) Art. 313, 345 Cod. di proc

CONSULTAZIONE (IX).

QUALI FACOLTÀ DEL DEBITORE SONO TRASFERITE NE' CREDITORI PER VIRTU' DELL' ART. 1119 DELLE LEGGI CIVILI?

Era quistione se, potendo il debitore disporre in proprietà di una parte de' beni che aveva in usufrutto, e non avendo

mai usato di tal facoltà, avessero o par no i creditori suoi il diritto di esercitarla?

I.

L'esercizio d'una facoltà non è tra' beni del debitore.

La facoltà, o sia il diritto, di fare o di non far la tal cosa, di accettare o non accettare una liberalità era, giusta i termini delle leggi romane, uno de' benefici della propria libertà (1). E però tanto è il dubitare se questo beneficio possa, invito il debitore passare al creditore, quanto sarebbe l'assumere che co' contratti si obbligano non solamente i beni ma anche la volontà, e tutte le naturali facoltà della persona obbligata. Cotesto assunto ripugnerebbe ugualmente alle prime nozioni della giustizia universale, e a' principi della giurisprudenza civile. Ciò non pertanto in questa come in molte altre ovvie verità si suole negare nelle conseguenze quello che non si osa negare ne' principi.

È manifesto ne' principi che quel che ancora non si ha, non è ne' nostri beni presenti; e che ciò che non si può ad altri cedere, non è capace di vincoli o di obbligazioni. Per la qual cosa una facoltà per quanto concerne la persona di colui cui è concessa, non è tra' beni presenti; e per ciò che riguarda l'uso che di quella può farsi, non è nè tra' presenti nè tra' futuri. Or una tal facoltà appartiene alla specie di quei diritti che a differenza di tutte le altre proprietà non possono esser trasmesse nè per successione nè per contratti, e però formano una delle più notabili eccezioni del diritto civile. Quali sono dunque cotesti diritti. Il giu-

reconsulto Paolo dà una definizione generale, o piuttosto una spiegazione che i logici chiamerebbono *sinonimica*. *Quas cohaerent personae ejusque, non transeunt ad alios* (2) Ma quali sono le cose che sono attaccate alla persona? Si può dirlo per esempi più che per definizioni generali.

Prendiamo il primo esempio dal rescritto, o sia dalla grazia del Principe. *Neratius consultus an quod beneficium dare se quasi viventi Censor rescripserat, jam defuncto dedisset existimaretur, respondit non videri sibi principem quod ei quem vivere existimabat concessisset, defuncto concessisset: quem tamen modum esse beneficium sui vellet, ipsius aestimacionem esse* (3). Questo primo esempio serve a far intendere quel che può dirsi *personale*, ma non può da esso ricavarci alcuna conseguenza generale, dappoichè gli effetti del rescritto dipendono da un diritto misto di legge e di grazia. Conviene però ricorrere ad altri esempi ricavati dalla sola disposizione della legge, così negli atti tra vivi come nelle ultime volontà.

Quanto agli atti tra vivi, personale era nell'antico diritto romano il beneficio detto della competenza, o sia *deductio ne egeat*, o sia *de eo quod facere potest*, per virtù del quale il debitore, per meriti o requisiti della sua persona non poteva essere costretto al pagamento del debito se

(1) *L. unum ex familia 67 § si Falcidia D. de leg. II.*

(2) *L. 7 D. de excep.*

(3) *L. 191 D. de reg. jur.*

non per quanto non fosse messa in pericolo la sua esistenza (1).

Di questo numero era anche l'azione degli alimenti *officio iudicis*, che non poteva essere esercitata se non da colui al quale sono dovuti per debito di natura. Una tale azione non passava agli eredi, perchè nissuno *in praeteritum vivit*; nè poteva essere sperimentata da' creditori a nome del debitore, perchè nissuno può pretendere di vivere per un altro (2).

Dello stesso numero era l'azione revocatoria d'una donazione per cagion d'ingratitude, perchè ciascuno può rinunciare all'offesa ricevuta, e nissuno può provocare la vendetta altrui (3).

Dello stesso numero erano le servitù personali come l'uso, l'usufrutto, l'abitazione, le quali tutte estinguevansi colla persona alla quale erano concesse, e delle quali alcuna non poteva essere goduta se non dalla persona stessa cui era stata concessa (4). Tale finalmente era la locazione e conduzione fatta a titolo di precario, la quale non passava agli eredi, ma si bene estinguevasi colla vita del conduttore (5).

E circa gli atti d'ultima volontà, se il testatore avesse ad almenno pormesso il tagliare la pietra del fondo ereditario, siffatto legato estinguevasi con la vita del legatario (6). Per la medesima ragione i legati di servitù personali estinguevansi colla morte di coloro a' quali eran fatti (7). In fine l'azione del testamento inofficioso non poteva essere sperimentata da altri fuorchè dal figliuolo lesa, per la medesima ragione che vietava agli estranei l'esercitare quella della revocazione della donazione per vizio d'ingratitude (8).

Da' citati esempi si ricava che tutti i diritti personali non passavano agli ere-

di; e che di quelli alcuni erano anche limitati da un doppio divieto, cioè che non potessero essere esercitati nè rappresentati da altri, fuorchè da colui al quale erano concessi. La concessione di tali diritti se partiva da obbligazioni contratte era limitata dalla natura della cosa concessa; e se partita era da liberalità e da mero animo di gratificare, intendevasi ristretta dalla ragione: *ne quod affectu datum est, hoc et ad externos heredes transire videretur* (9). Or la facoltà o sia il volere o il non volere, era uno di quei diritti che nè passavano agli eredi, nè potevano essere da altri ceduti, e molto meno essere da altri esercitati, invito colui al quale era stato concesso.

Cotesta dottrina applicata alla facoltà di disporre o di alienare; che era sovente concessa a' possessori de' feudi, de' fedecommissi, de' benefici, fece sempre riguardare le dispense del Principe o del Papa, come favori, o privilegi personali, che estinguevansi con la morte di coloro i quali l'avevano ottenuta. La stessa facoltà concessa da' testatori e da' fondatori de' fedecommissi a' temporali possessori di quelli, formava una delrazione non necessaria, ma volontaria, per modo che se di tal facoltà non usavasi, rimaneva la medesima estinta in favor della proprietà, o sia della eredità soggetta al vincolo del fedecommissio. Furono undi frequenti le controversie co' ereditari, i quali pretendevano aver essi acquistato quel diritto, del quale non erasi valuto il debitore loro, ma per unanime consenso dei giureconsulti e de' tribunali una tal pretesione fu sempre rigettata. Surse allora la massima, o sia l'assioma del Foro: *facultas si non sit ad exercitium deducta, non est de bonis debitoris* (10).

(1) *L. 6, 16, 17, 18, 21, 49, 52 D. de re iudic.*

L. 63 D. pro socio ec.

(2) *L. 4 D. de agnos. et alend. lib.*

(3) *L. 6 § ult. D. de inoff. test.*

L. 5 C. cod.

LL. 5 e 7 C. de inoff. donat.

(4) *LL. 8 11 12 de usu et habit.*

(5) *L. locatio 4, D. Loc. Cond.*

(6) *L. idem Julianus § si quis D. de leg. 1.*

(7) *L. 22 de usu, usufr. leg.*

L. 6 de serv. leg.

(8) *L. 5 C. de inoff. test.*

L. 6 § ult. D. de inoff. test.

(9) *L. 6 D. de serv. leg.*

(10) *Card. de Luca de servit. disc. 108 n. 2.*

Id. de testam. disc. 46 n. 1.

Salgado Labyrinth. cred. P. II cap. 10 n. 63 et seq.

*Il debitore non facendo uso della facoltà non fa frode
a' diritti del creditore.*

Era massima dell' antico diritto romano, che il debitore fraudava i diritti del creditore non già quando non acquista quel che non ha, ma quando scema quel che possiede: *Non fraudantur creditores quum quid non adquiritur a debitore, sed quum quid de bonis deminuitur* (1). Per una conseguenza di questo principio le stesse leggi romane dichiararono: *qui occasione acquirendi non utitur non intelligitur alienari, veluti qui hereditatem amittit, aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur* (2). Ora dagli stessi principi fu ricavato l' editto del pretore, per lo quale fu concessa a' creditori l' azione revocatoria di tutti quegli atti che il debitore avesse commesso in loro frode. *Quod autem quum possit aliquid quaerere, non id agit ut acquirat, ad hoc edictum non pertinet. Pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt ne locupletentur* (3).

Per la qual cosa è manifesto pe' principi dell' editto, che chi non usa di una facoltà della quale potrebbe valere, non isminuisce il suo patrimonio presente, ma solamente si astiene dall' accrescerlo. Ma se anche lo scemasse e se la facoltà potesse riguardarsi come un diritto acquistato, non basterebbe questo fatto per esporlo all' azione revocatoria de' creditori; nel che sono da considerare due sostanziali requisiti dell' azione suddotta.

Richiedeva in primo luogo la legge che lo scemamento del patrimonio fosse fatto con animo di frode giusta quell' altra massima del diritto: *fraudis interpretatio semper in jure civili non ex eventu dumtaxat sed ex consilio quoque consideratur* (4).

Esigeva in secondo luogo che i creditori non potessero far salvi i diritti loro sopra gli altri beni del debitore; per modo che poteva questi offrendo il pagamento del debito escludere la presunzione della frode, e poteva ugualmente il terzo possessore domandare la discussione del patrimonio del debitor principale. Aduque l' azione pauliana era sussidiaria e non principale (5).

Ampliando questa conclusione aggiungiamo, che di sua natura sussidiaria è ogni azione contro a' terzi specialmente per lo spirito del diritto novissimo giustiniano (6). Difatti la stessa azione salviana comechè di sua natura reale e diretta, non fu per l' universale giurisprudenza di Europa ammessa contro a' terzi possessori se non dopo la discussione del debitor principale. Ciò tanto è vero, quanto per cotreggere una tale giurisprudenza fu necessario tra noi vestire le obbligazioni ipotecarie de' patti del costituito, del precario, o di quello detto *de capiendo*, ed appresso renduti questi inutili, fu per soccorrere a' diritti de' creditori scritta tra noi una legge speciale, cioè la notissima prammatica *de assistentia*.

Premesse queste cose è manifesto che l' azione pauliana abbracciar non poteva i diritti non ancora acquistati dal debitore, e che non si potesse ravvisar frode in un atto, col quale non si toglieva a' creditori nulla di tutto ciò che caduto non era sotto l' obbligazione della persona del debitore. Quindi il rinunziare ad una eredità non adita, il rifiutare una donazione non accettata, il non far uso d' una facoltà che era rimasa sempre nell' animo del debitore, non potevano essere qualificati come atti di frode (7).

(1) L. 134 D. de reg. jur.

(2) L. 28 D. de verb. signif.

(3) L. 6 quae in fraud. credit.

(4) L. 79 D. de reg. juris.

(5) L. 10 D. quae in fraud. credit.

(6) L. 10 e 25 D. quae in fraud. credit.

(6) Novell. IV de fidejuss. cap. 2.

Auth. Hoc si debitor C. de pignore.

(7) Cujacio, e Wesembachio alla l. 1. e seg. D. quae in fraud. credit.

Donello Comment. lib. 23 cap. ult.

De Franchis Decis. 101.

Per l'opposito diverso era il ripudiare una eredità, un legato o una donazione, dal rinunciare in favor d'un terzo ad una eredità già adita o ad un'altra qualunque liberalità già accettata. E siccome nell'atto della rinunzia è implicita l'accettazione, dappoichè nessuno può cedere altrui quel diritto che non ha ancora acquistato (1); così a differenza del ripudio, ogni atto di rinunzia fatto dal debitore avevasi come una diminuzione del suo patrimonio, e però soggetto alla presunzione della frode, ed alle disposizioni dell'editto del pre-

tore. Questa è la somma delle discettazioni e delle decisioni fatte da giureconsulti e da tribunali più rinomati di Europa intorno alle differenze tra i diritti acquistati e da acquistare, ed intorno all'uso che il debitore può fare della propria facoltà (2). Sin qua del diritto antico, al quale hanno le leggi francesi in qualche parte derogato. Per bene intendere i limiti della eccezione faceva d'uopo esporre la regola e i principi, da quali è stata quella ricavata.

III.

Eccezioni fatte dal diritto francese alle regole precedenti.

Il codice Civile ha nell'articolo 1166 (1119 LL. CC.) stabilito una regola generale, della quale vedesi l'applicazione in molte delle sue particolari disposizioni.

» I creditori, ivi è detto, possono esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del loro debitore, eccettuate quelle che sono esclusivamente personali ».

Soggiugne indi nell'art. 1167 (1120 LL. CC.).

» Possono pure in loro proprio nome impugnare gli atti fatti dal loro debitore in frode delle loro ragioni. Debbono nondimeno, riguardo a' diritti enunciati nel titolo delle successioni, e nel titolo del contratto di matrimonio e dei diritti rispettivi degli sposi conformarsi alle regole che ivi sono prescritte.

Fa d'uopo leggere e congiungere insieme i due trascritti articoli per intendere il primo argomento, che si rieva dalla loro connessione. Quali sono le regole scritte ne' titoli delle successioni e del contratto di matrimonio, alle quali si vuol quelli adattare? Alcune di queste

concernono il diritto di sottrarre nella persona del debitore per esercitare in suo nome quelle facoltà, delle quali non ha egli voluto valersi; altre riguardano i casi, ne quali possono i creditori rievocare il suo fatto.

Da ciò si rileva che i due articoli sono divisi in tre periodi, de' quali il primo ed il secondo contengono la regola, il terzo racchiude le eccezioni comuni all'uno e all'altro. Sono dunque parti d'una stessa legge, e figli degli stessi principi. Or siccome l'articolo 1167 (1120) altro non fa che trasportare nel diritto francese l'antico editto del pretore; così è manifesto che coll'articolo 1166 (1119) si è voluto ampliare la disposizione dell'editto, e comprendere tra gli atti fatti in frode de' creditori anche i diritti che il debitore poteva acquistare, comechè quelli non fossero ancora nel suo patrimonio. Dimostriamo di qui a poco che l'articolo 1167 (1120) contiene in compendio tutte le antiche disposizioni dell'editto del pretore. Intanto assumendo questa proposizio-

(1) *L. si avia C. de jure delib.*
L. Pantonijs § ult. D. de acquir. heredit.

L. § 3. fin. D. de donat. inter vir. et uxor.

L. in Gallia si certum petat.

L. licet §. quoties D. de jure dot.

(2) *V. Jacob. Cancr. variar. resol. P. III cap. 15 de renuntiatis. num. 160 et seq.*

La Rea Decis. Granat. 55 num. 13 Tom. II.

Casanate consil. 10 num. 186 et seq.
Castillo contro. quotid. T. V. cap. 108 et 112.

Pelaez A Merez de majorat. P. 1. quaest. 36 n. 57 et seq. P. IV quaest. 23 n. 17 et seq.

De Franchis Decis. 101.

ne come un postulato della moderna giurisprudenza, ne ricaviamo che il diritto nuovo, o sia il precedente articolo 1166 (1119) altro non ha fatto se non rivocare la massima del diritto antico: *qui quum possit aliquid quaerere, non id agit ut acquirat, ad hoc edictum non pertinet*. In somma ha cangiato in affermativa la proposizione negativa, colla sola eccezione de' diritti personali del debitore. Da questo cangiamento in fuori rimangono fermi tutti gli altri requisiti dell'azione pauliana. O che si tratti di recuperare quello che il debitore ha alienato, o che si tratti di far salvo ciò che quegli ha omesso, l'azione è sempre della medesima natura e nasce da medesimi principi.

Ciò posto conviene ora vedere quali sieno nel senso del codice i diritti esclusivamente personali del debitore. E per non errare nelle definizioni de' vocaboli di diritto, fa mestieri ricorrere o al significato che quelli avevano nelle leggi romane, fonte di ogni giurisprudenza, o all'applicazione che ne fanno le stesse leggi nuove. Scegliamo però queste due norme per stabilire il vero senso delle parole *esclusivamente personali*.

Il nuovo diritto non solamente non ha dato un diverso significato a' vocaboli *personali*, ma ha trasportato nel moderno linguaggio il concetto e la definizione delle leggi romane. *Jus personae cohaerens* è stato da' nuovi legislatori volgarizzato colle parole: *diritto esclusivamente attaccato alla persona*. La volontà è un diritto esclusivo della persona? Dimostriamo una verità intuitiva coll' autorità e con gli esempi.

Nella esposizione dell' art. 1166 (1119) Bigot Préameneau così si esprime: « Colui che contrae debiti obbliga tutti i beni suoi. Un tal pegno diverrebbe ingannevole, se in pregiudizio de' suoi ereditori, trascurasse egli l'esercizio de' diritti suoi. Costoro dunque debbono essere ammessi ad agire direttamente. L' interesse loro ed il timor delle frodi stabiliscono la loro qualità. Se il debitore trascurasse di far valere una eccezione che fosse esclusiva-

mente attaccata alla sua persona, i ereditori non potrebbero farla valere. I ereditori non promuevano se non la loro azione diretta; essi non rappresentano affatto la persona del debitore (1) ».

Gli spositori posteriori del diritto francese hanno sempre ritenuto lo stesso significato della parola e la medesima destinazione. Delvincourt nel suo corso di diritto civile avverte sull' articolo 1167 (1120): « Bisogna intendere per le parole *atti del debitore* tutti i mezzi, pe' quali ha potuto il debitore non solamente diminuire il suo patrimonio in pregiudizio dei ereditori, ma ancora privarsi de' benefici, che poteva fare legittimamente, ed in ciò il nostro diritto, è a' ereditori più favorevole del diritto romano, il quale non concedeva l'azione rivocatoria, detta pauliana, se non contro agli atti pe' quali il debitore diminuiva il suo patrimonio presente, e non già contro all' ommissione dei lucri che avrebbe potuto fare. Ma credo, giusta quel che ho detto nella nota precedente, eccettuare gli atti relativi a' diritti meramente personali del debitore. Dietro questo principio abbiamo deciso, nella nota X della pagina 93 del primo volume, che i ereditori del padre non potrebbero fare annullare l' emancipazione fatta de' suoi figliuoli, per lo motivo che l' emancipazione lo priva del godimento dei loro beni, ma abbiamo sì bene aggiunto, che se il padre, non potendo emancipare i figli per eagine della loro giovanile età, rilasciasse loro l'usufrutto legale che gli è dovuto, una tal concessione potrebbe essere impugnata da' ereditori (2) ».

Toullier, dopo avere commentato la regola e dimostrato l' ampiezza de' diritti concessi a' ereditori dal nuovo diritto, soggiugne intorno alla eccezione: « Per quanto estesa sia la facoltà concessa ai ereditori di esercitare i diritti o le azioni del debitore loro, il codice ne eccettua quelli che sono *esclusivamente attaccati alla sua persona*, cioè a dire quelli dei quali non può cedere l'esercizio. Citavasi altravolta come esempi di tali diritti il *retrato agnatio* ed il *diritto di scelta* che sono oggi estinti, e che non potendo

(1) *Exposé des motifs de la loi sur les contr. T. V. v. in princ.*

(2) *Cours de Code Civil T. II n. 11 alla pag. 146.*

essere ceduti ad estranei non potevano essere esercitati da' creditori ».

« Si può oggi citare il diritto di rimborsare il cessionario d'un coerede, per virtù dell'articolo 841, malamente detto *retrato successorio*; i diritti d'uso e di abitazione, i quali non potendo essere né locali né ceduti restano esclusivamente attaccati alle persone alle quali sono dovuti. Si può anche citare la separazione. Il diritto di domandarla non è concesso dall'articolo 1443 se non alla donna, la cui dote è in pericolo, e quando il disordine degli affari del marito fa temere che i beni di costui non sieno sufficienti a soddisfare i diritti o i reggimenti della moglie. Non si darebbe certamente la facoltà ad un creditore di turbare la pace domestica, mentrechè la moglie serba il silenzio ».

« Si può finalmente citare il diritto di accettare una donazione tra vivi fatta al debitore che trascurasse o rifiutasse di fare l'accettazione, che il Codice permette per atto separato. Cotesto diritto è essenzialmente *attaccato alla persona* per la natura stessa del contratto (1). » Coerentemente ad una tale opinione lo stesso autore avverte nel titolo delle donazioni: « L'accettazione non può essere fatta se non dal donatario, o di persona, o per mezzo del suo procuratore speciale, ma durante la sua vita; se questi ricusasse o trascurasse di accettare la donazione, non potrebbero i suoi creditori accettarla in sua vece, sotto il pretesto che un tal rifiuto è in frode de' loro diritti (2) ».

Da tutte queste autorità rilevasi che non si può dissentire intorno alla massima, ma solamente circa l'applicazione e gli esempi che si allegano per dimostrare, che un diritto sia piuttosto reale che personale. La massima è che *diritti personali* dicono quelli che *non transeunt ad alios, o cohererent personae cuiusque*, laddove gli esempi possono essere tanti

quanti sono i casi, ne quali può disputarsi se un diritto abbia o no il carattere e la qualità di personale. Della varietà ed incertezza di tali discezioni si ha un esempio recente in una decisione della Corte di Cassazione di Francia del 3 di agosto 1819, innanzi alla quale disputossi, se potesse appartenere al creditore il diritto d'impugnare un contratto per difetto del mandato del suo debitore.

Tenne quella Corte essere un tal diritto reale e non personale, acquistato e non da acquistare; imperciocchè la nullità d'un contratto è un diritto nato col contratto stesso, e però può essere ugualmente sperimentato dal debitore, e dai creditori che agiscono per lui (3). Noi avremmo anche così giudicato, e per non correre dietro agli esempi ma alla ragione della legge, raccogliamo i casi di eccezione scritti dalla legge stessa, onde ricavare i veri caratteri de' *diritti esclusivamente personali*.

Possono i creditori far dichiarare nulla la rinuncia all'usufrutto, ma non possono impugnare l'emancipazione, dalla quale risulta la perdita dell'usufrutto (4).

Possono accettare una eredità alla quale il debitore abbia rinunciato, ma non possono domandare la separazione de' patrimoni contro a' creditori della eredità; nè possono impugnare una divisione già perfezionata tra i coeredi, e molto meno possono esercitare il diritto di ricompra, che la legge concede a' coeredi di rinecontro al cessionario d'una delle quote ereditarie (5).

Possono impugnare una donazione fatta dal debitore, ma non possono accettarla per lui (6).

Possono impugnare la separazione di beni fatta tra coniugi, ma non possono domandarla senza il consenso della moglie (7).

Possono similmente impugnare la rinuncia alla comunione fatta dalla moglie o

(1) *Lib. III Tit. III Des Contr. Chap. III. n. 373.*

(2) *Lib. III Tit. 11 Donat. et Test. Chap. IV Des donat. entre vifs n. 211.*

(3) *Sirey Tomo XIX P. 1. pag. 359.*

(4) *Art. 622 e 334 del Cod. Fr. (347 e 298 LL. CC.)*

(5) *Art. 783 e 881, 882 e 841 del Cod. Fr. (705, 801, 802, 760 LL. CC.).*

(6) *Art. 1166 e 867 del Cod. Fr. (1119, 776 LL. CC.).*

(7) *Art. 1446 e 1447 del Cod. Fr. (1410, 1411 LL. CC.).*

degli eredi di lei, me non possono rinunciare per lei alla detta comunione (1).

Possono finalmente domandare la spopriazione degl' immobili appartenenti al debitore, ma non possono far quelli esporre in vendita prima delle divisione tra i coeredi (2).

Penetrando addentro ne' motivi di tutte le riferite eccezioni è manifesto che questi riduconsi a due. Non può il debitore essere rappresentato nell'esercizio di quei diritti che appartengono allo stato della persona, o che dipendono dalla sua libera e naturale volontà. La volontà legale dell'uomo può ricevere legami dalle obbligazioni precedentemente contratte; laddove la naturale rimane sempre nella

sua assoluta disposizione. Per effetto della prima può egli essere obbligato a volere il conseguente quando ha voluto l' antecedente, e può essere costretto a fare ciò che la legge alla quale è sottoposto, riconosce come utile a lui ed agli altri. Ma estendero questo principio agli atti spontanei; obbligare un debitore a ricevere un dono da chi dee per dovere o per delicatezza d'animo ricusarlo; costringerlo nella pretece de'doveri e de'diritti di famiglia; esigere ch' egli facesse per gli altri quel che non farebbe per se stesso, sarebbe lo stesso che interdargli la facoltà di muoversi e di pensare, e mettere le obbligazioni naturali al di sopra delle civili.

IV.

La facoltà di disporre è un diritto esclusivamente personale.

Non fa mestieri certamente fermarsi alla interpretazione della parola *disporre*, giacchè non è chi non sia persuaso che la forza di quel vocabolo comprenda gli atti sì tra vivi come per morte (3). Me nessuno potrà negare che il naturale concetto della volontà di chi lascia all'erede usufruttuario la facoltà di poter disporre in proprietà di una parte de' beni, sia, che la proprietà dell'intero appartenga all'erede proprietario, se pure non piacesse ell' usufruttuario di disporre di quella parte sulla quale ha diritto. Dal momento in cui la condizione si fosse adempiuta avrebbe l'usufruttuario vantato un credito su' beni ereditari. In sino a che non abbia fatto una tal disposizione, nessun credito rappresenta, ma una semplice facoltà. Cotesta facoltà, essendo egli ancora vivente, potrà sperimentarle insino al giorno delle sua morte, e potrà esercitarle sia in favor dell'erede proprietario, sia in favor d'un estraneo.

Il pretendere che i creditori possano disporre per lui contiene i seguenti assurdi: che possa il creditore far testa-

mento pel suo debitore: che possa invece lui disporre della sue eredità: che possa diminuire l'effetto delle condizioni, o anticipare il tempo di quelle in pregiudizio del terzo. E per poco che si volesse supporre un vincolo di sangue tra l'erede proprietario e l'usufruttuario, si emetterebbe il creditore ed esercitare non solamente i diritti, me anche le affezioni del padre, del fratello o di qualsiasi congiunto.

L'assurdo in cui s'incorrerebbe mostra che non è, e non può esser questa la mente della legge; ed il ragionamento naturale può venir di leggieri rafforzato dal positivo, quando sia seguito dalle violazioni di legge che contengono gli assunti proposti.

1. Le facoltà di far testamento, o sia di nominare il proprio erede non può essere rimessa all'arbitrio d'un terzo. Cotesta disposizione era nulla per diritto antico: *Ille institutio, Quos Titius voluerit, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permixta est: nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non*

(1) Art. 1464 e 1466 del C. Fr. (. . . 1426 LL. CC.).

(2) Art. 2204 e 2205 del C. Fr. (2105,

2106 LL. CC.).

(3) *Napodono alla Consuet. Et si testator v. disporre.*

ex alieno arbitrio pendere (1): nulla sarebbe ancora per diritto nuovo (2).

2. La facoltà di disporre può essere esercitata insino al giorno della morte. Il creditore che volesse esercitarla in vita di colui, al quale è legata, disporrebbe anticipatamente della successione dell'uomo vivente, il che è per ogni verso proscritto (3).

3. La facoltà di disporre è retta dalla tacita condizione, se l'usufruttuario voglia di quella fare uso. Nell'adempimento di tal condizione ha interesse l'erede proprietario a cui beneficio si consolida la riserva, se la condizione mancasse. Il darla per adempita è un violare la volontà di colui che l'ha apposta ed un offendere il diritto del terzo che profittebbero del mancamento di quella (4).

4. Da ultimo nel caso di uno stretto vincolo tra l'erede usufruttuario e il proprietario, la facoltà di disporre d'una parte della proprietà sarebbe dal padre, dal fratello esercitata, dopo aver consultato l'affetto pel figlio, pel fratello ed il dover suo per la conservazione del suo patrimonio. Cotesta facoltà usurpata dal creditore trasferirebbe in un estraneo l'animo e le obbligazioni del congiunto, il che contiene una letterale violazione dell'articolo 1166 (1119), ed un assurdo maggiore di tutti gli altri di sopra citati. Quando un tal diritto potesse darsi al creditore, potrebbe questi ugualmente domandare o impedire l'emancipazione del figlio, chiedere la separazione o la divisione della comunione, ed assumere tutte le funzioni di padre e di marito.

Non è meno erroneo de' precedenti l'assunto di coloro i quali credono ravvisare l'esercizio della facoltà di disporre nell'atto stesso, col quale il debitore contrasse l'obbligazione. L'esercizio della facoltà richiedo da parte del legatario un atto, per lo quale dichiara la volontà sia questa tra vivi, o puro per morte; impiegherebbe se il giorno di qualunque

legato cede allorchè si fa di quello utilmente la dimanda (5), molto più una tal dimanda è necessaria, quando il legato è sospeso da una condizione, e da una condizione potestativa, qual'è quella contenuta nel legato di facoltà. Ora potrebbesi a questo atto formale supplire per un atto equivalente? E manifesta la risposta negativa che il diritto stesso fornisce.

In primo luogo un diritto sospeso da una condizione qualunque non si dice acquistato prima che quella non siasi verificata, e però non può presumersi che il legatario abbia voluto di quella valersi, mentre non aveva procurato l'adempimento della condizione.

Vuolsi in secondo luogo notare che essendo la facoltà un diritto sospeso da condizione non può noverarsi nè tra i beni presenti, nè tra i futuri del debitore, e però non può andar compresa negli effetti della generale ipoteca conosciuta sotto l'impero delle antiche leggi cui potevano essere assoggettati i beni del debitore, se pure la verificaione della condizione, non avesse renduto reale ed effettivo quel diritto che nel tempo del contratto era nella semplice speranza del debitore.

Nelle presenti leggi non è meno vero che la facoltà non sia ne' beni presenti del debitore. Al più potrebbe essere riguardato come un bene futuro; ed in un contratto fatto sotto l'impero delle leggi nuove, e con un'ipoteca convenzionale, questo diritto qualunque sia non può essere validamente obbligato.

In fine quanto alla presunzione che si vorrebbe ricavar da obbligazione del debito contratto ci piace illustrare le cose sin qua dette coll'esempio della cosa giudicata in una specie di fatto che può essere di leggieri ad ogni altra applicata.

Un compratore di un Uffizio regale dichiarò aver comperato l'Uffizio suddetto di suo proprio danaro ma in favor di un terzo, a cui diè la facoltà di disporne dopo la sua morte. Si ebbe a disputare

(1) *L. 32 D. de hered. instit.*
V. pure l. 68 h. t. e l. 52 D. de cond. et dem.

(2) *Art. 893, 895, 896 C. F. (813, 815, 941 ll. ec.).*

(3) *Art. 791 e 1130 del C. F. (708,*

1084 LL. CC.).

(4) *Art. 1175 del C. F. (1128 LL. CC.).*

(5) *Art. 1011 e 1014 C. F. (965, 968 LL. CC.).*

L. 7. Quando dies legati.

se avendo questi contratto debiti, e non avendo spiegato la sua volontà intorno all'esercizio della facoltà legatagli, l'atto implicito delle obbligazioni contratte potesse tener luogo dell'espresso che far doveva e non fece. Cotesto caso si riprodusse più volte innanzi alla Rota Romana, la quale costantemente decise per la negativa. Le ragioni di tali decisioni furono che l'esercizio della facoltà dovesse risultare da atti espressi, o almeno coerenti a quello che per legge si richiedeva. (1) Se così fu deciso in un tempo in cui la ipoteca de' beni presenti e futuri allacciava l'intero patrimonio del debitore, come potrebbe trovarsi l'equipollente della volontà in una obbligazione contratta quando l'ipoteca de' essere speciale ed espressa? Come potrebbe un atto in se stesso nullo produrre effetti legali in danno

di un terzo? Come potrebbero da quest'atto ricavarli argomenti e presunzioni, per estenderne gli effetti anche alle cose che non formarono parto del convenzione, o eader non poterano neppur nel pensiero de' contraenti?

Dalle cose dette si deduce che l'obbligazione civile è un vincolo di diritto per lo quale sono obbligati i beni, e non le proprietà della vita naturale. La volontà, la libertà degli affetti, il giudizio intorno a' propri doveri appartengono a queste e non a quelli. Si può far frode a' diritti dei creditori scemando o non accrescendo il proprio patrimonio, ma non coll'astenersi da un atto che è inseparabile dalla persona o dalla volontà di ciascuno, quale sarebbe il diritto di disporre o di non disporre, di accettare o di rifiutare una liberalità.

(1) *V. Decis. Rot. recent. P. XI. Decis. 20 5 coram Cerro.*

DISSERTAZIONE X.

SE OGNI LIBERALITA' FATTA AD UNO DEGLI EREDI LEGITTIMI SENZA LA FORMOLA SOLENNE, A TITOLO DI PRELEGATO ED OLTRE LA SUA PARTE, SIA SOGGETTA A COLLAZIONE ?

I.

Il legame immediato, che congiunge la materia della collazione con quella delle successioni, rende manifesta l'utilità di qui premettere brevemente le differenze, quanto alle forme, per cui principalmente si distinguono i nuovi dagli antichi testamenti. Cotalte avvertenze sono necessarie soprattutto allorchè si tratta di regolare le conseguenze, di cui son capaci le diverse disposizioni contenute negli atti di ultima volontà. Imperciocchè nel passaggio dall' antico al novello diritto sovente, per avere obbliato il principio, che le regole d'interpettazione debbonsi attingere da quel linguaggio del quale il testatore si è servito, si è soluto trasportare il significato de' vocaboli del nuovo diritto ad una istituzione, concepita tutta con parole e formole dell' antico; siccome per l' opposto si è voluto estendere al diritto nuovo quello, che solo poteva essere conseguenza dell' antico. Laonde trattandosi di cose diverse, lo scambiare le quali, partorisce controversie ed errori; gioverà indicare i loro caratteri principali per esserne guidati nello speciali applicazioni.

L' istituzione dell' erede formava, nell' autico diritto, il principio e l' essenza d' ogni testamento: le parole e i nomi differenziavano allora le cose: le parole dell' istituzione esser dovevano dirette, o sieno imperative: alcune persone dovevano essere necessariamente nominate, ed espressamente istituite o diredate: l' eredità dinotava l' universalità de' diritti del testatore: il legato era una detrazione di questa: l' istituzione esser doveva utile, e non semplicemente gravosa. Perchè la

moltitudine di queste formalità non producesse altrettanto numero di nullità, fu d' uopo che la legge stessa inventasse i modi onde sanare alcune di esse. Ciò non ostante difficile ed implicata rimase la scienza de' testamenti, per modo che non poteva alcuno disporre per ultima volontà delle proprie sostanze senza l' assistenza ed il consiglio d' un giureconsulto. Fa di questo chiaro argomento il caso riportato in quel risaputo luogo del diritto romano, *Io, Lucio Tizio, ho scritto questo testamento senza il consiglio d' alcun giureconsulto, avendo seguito il sentimento dell' animo mio, piuttosto un' eccessiva e meschina diligenza. Se avrò fatto cosa poco legale o poco dotta, dee pur tuttavia la volontà d' un uomo di sana mente, tener luogo di legittima disposizione* (1). Questa ingenua dichiarazione d' un uomo di retto senso non avrebbe potuto dispensare al rigor del diritto, se per una sottigliezza della giurisprudenza non fosse stato deciso, che le parole dirette potevansi in quel caso risolvere in oblique. In somma il testamento consisteva nella manifestazione della volontà non naturale, ma legittima; e per legittima volontà intendevansi quella sola che fosse rivestita delle solennità sì esterne, che interne. *Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia. L. 1 D. qui testam. fac. poss.* E nella legge 4. D. cod. leggiamo: *Si quæramus an valeat Testamentum, inprimis animadvertere debemus an is qui fecerit Testamentum habuerit Testamenti factionem: deinde, si habuerit requiremus an secundum regulas Juris Civilis testatus sit.*

(1) *L. 88 D. de legat. II.*

Il diritto nuovo per l'opposito parte da due principi più semplici e più favorevoli al comune uso di testare. Questi sono: 1) Il testamento de' essere scritto in una forma provante, che renda autentico l'atto. La volontà può essere comunque espressa: *Qualunque persona, dice il Codice Civile, può disporre per testamento, tanto a titolo d'istituzione d'erede, quanto a titolo di legato, o con qualsivoglia altra denominazione, atta a manifestare la sua volontà* (1).

Nell'esposizione del citato articolo, Bigot di Préaménau fece rilevare la differenza tra le vecchie e le nuove leggi: « Il più gran difetto della Romana legislazione, quanto a' testamenti, fu l'essere troppo implicata. Adunque si è procurato renderla più semplice, e si è cominciato dal rimuovere ogni difficoltà circa il titolo della disposizione. Il testamento sarà valido, con qualsivoglia titolo sia fatto, o con quello d'istituzione di erede, o col titolo di legato universale, o con quello di legato particolare, o con qualunque altra denominazione, atta a manifestare la volontà ».

Parli dunque il testatore come vuole, la legge conservatrice delle ultime volontà, non corre dietro alle parole, nè rendesi serva delle forme, ma interpreta i testamenti col giudizio d'un uomo di retto senso, e collo regole del comune parlare.

Perchè cotesta interpretazione sia esatta ricordisi che fra' diversi nomi adoperati dall'antica giurisprudenza, per dinotare la qualità di coloro che ricevono alcuna cosa per testamento, il nuovo diritto ha scelto quello del genere e non della specie; e dappoichè ha considerato il testamento come una delle disposizioni gratuite, ha chiamato *liberalità* ogni parte dell'eredità, con qualunque titolo fosse lasciata (2). Laonde *legatario universale* è colui che ha ricevuto l'universalità del patrimonio, e de' diritti del defunto: *legatario a titolo universale* è quegli cui è stata lasciata una porzione di eredità; e *legatario particolare* quegli che ha un

legato di cosa certa (3). La natura della cosa dunque determina il carattere, e la qualità della persona, e quindi i diritti che può sperimentare, e le azioni per fargli valere.

Gli effetti legali de' nomi di erede e di egatario sono stati dal nuovo diritto ugualizzati, ma non è stato pertanto distrutto il significato ricevuto de' vocaboli, nè farlo si poteva, senza limitare quell'ampia facoltà, che la stessa nuova legge ha inteso concedere a' testatori di spiegare comunque loro piacesse la propria volontà. Difatti può la legge mutaro le definizioni, ma non già distruggere l'abito del parlare; sì che i testamenti scritti dopo la pubblicazione del Cod. Civile collo stesso linguaggio, che era prima in uso, debbono essere intesi giusta l'antico senso delle parole. E però, erede universale esprime quella stessa idea, che già prima dinotava, e lo formolo per le quali spiegavasi altra volta dal testatore l'intenzione di trasmettere al successore l'universalità de' propri diritti, hanno conservato l'antica loro forza. Questa conclusione risulta dagli art. 1002 o 1003 del Cod. Civ. (928 e 929 LL. CC.); perciocchè se è indifferente che il testatore indichi il successore suo col nome di erede o di legatario universale; e se il legato universale comprende l'universalità de' beni suoi al tempo della morte, è manifesto che, non ostante l'introduzione de' nuovi vocaboli, i vecchi hanno conservato l'antico significato, e che la legge non ha fatto altro se non quelli a questi ragguagliare.

Conseguenza de' principi di sopra esposti si è, che nell'ambiguità delle parole, debba il concetto del testatore ricavarli da quello che verisimilmente intese egli dire, giusta il linguaggio, di cui fece uso. *In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset* (4), e che non debba ricorrersi alle definizioni del diritto quando s'interpreta il significato delle parole, perciocchè spesso si parla abusivamente e si adoperano nomi e vocaboli men propri. *In causa testamentorum, non ad definitionem utique*

(1) Art. 967 del Cod. Civ. (892 LL. CC.).

(2) *Lega*. V. il dizionario dell'Accademia a questo vocabolo.

(3) Articoli 1002 e seguenti. (928 e seg.).

(4) *L. 96 D. de reg. jur.*

descendendum est; cum plerumque abusive loquantur; nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur (1).

È lo stesso concetto contenuti nella legge 7 D. de suppellectile legata: *Non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi nomina exaudiri debent*. So queste erano le regole dell' antico diritto per l' interpretazione de' testamenti, a maggiore ragione debbono aversi come regole ancora del nuovo, poichè questo ha voluto, che l'espressione della volontà fosse libera, e non soggetta ad alcuna restrizione di formole, o di vocaboli.

Risulta parimente da' principi sin qua esposti, che dove il testatore abbia istituito l'erede universale, ed abbia definito il diritto degli eredi particolari, la formola istessa dell' istituzione, la quale in se contiene l'universalità del patrimonio e di tutti i diritti al medesimo annessi, limitata e circoscrive i diritti degli altri successori, sieno legittimi, sieno testamentari. *Heres in omne jus mortui, non tantum in singularum rerum dominium succedit, cum et ea quae in nominibus sunt, ad heredem transeant* (2). Laonde in tutti i testamenti scritti, o avanti la pubblicazione del Codice Civile, o dopo della medesima collo formole delle antiche leggi, questo è il principio dal quale dee ripetersi la misura del diritto degli altri successori. Questa conclusione è confermata anche per le decisioni de' tribunali francesi nelle controversie promosse, onde ridurre quelle disposizioni agli effetti delle nuove leggi (3); sì che per l' antico come per lo nuovo diritto, l' istituzione universale ha sempre la medesima forza per definire i diritti dell' erede, tanto relativamente a se, quanto rispettivamente agli altri, che fossero chiamati ad una parte dell' eredità.

Le generalità sin qua esposte possono essere ridotte a due soli principi: 1. Il diritto nuovo, non ha stabilito per la manifestazione della volontà, alcuna legge di formo; 2. La volontà è solamente soggetta a regole d' interpretazione, le quali debbono essere attinte dal linguaggio, del quale il testatore si è servito.

Ma se per una parte la legge non ha messo alcuna restrizione alla libera manifestazione della volontà, ha limitato, per l'altra, la facoltà de' testatori, quando costoro lasciassero successori legittimi nell'ordine de' discendenti o degli ascendenti. La legge si è fatta custode del debito, che i padri hanno verso i loro figliuoli, e viceevolmente di questi verso quelli. La facoltà di testare non s'intende data per offendere questi doveri, i quali debbono essere salvi, come altrettanti limiti messi all' arbitrio d' ognuno, che vuol disporre, morendo, delle proprie sostanze. Disponga dunque, come vuole, il testatore, ma non ecceda i dovuti termini; se gli oltrepassa, il testamento non è nullo, ma la legge riscalda e modera la disposizione tanto, quanto ella è uscita fuor del dovere. Per eseguire una tal moderazione, sono stabiliti due rimedi legittimi, la *riduzione*, e la *collazione*. La prima ha luogo, quando il legato universale ha assorbito o tutto, o parte di quello ch'era riservato agli eredi legittimi (4). La seconda quando le parziali liberalità hanno diminuito la massa riservata a tutti i successori legittimi (5).

Però questi due rimodi non possono aver luogo allorchè il testatore facendo a cagion di esempio un legato universale a favore d' uno de' figliuoli, lasciasse intatta agli altri tutta quella porzione di riserva, che la legge ha loro assegnato. Non il primo, perchè il legato universale è limitato dalla natura stessa della disposizione; non il secon-

(1) L. 69 D. de leg.

(2) L. 37 de acquir. hered.

(3) Considerando, disse la Corte di Appello di Torino nella causa Diemoz, che il padre istituendo i suoi figli maschi in tutta l'eredità, ha evidentemente manifestato la sua intenzione, che quella pervenisse per intero a costoro, colla detrazione de' legati alle figlie. V. Sirey T. 6. P. 2. pag. 17.

Considerando, disse la medesima Corte nella causa Ghisollo, che la volontà del padre può risultare dal testamento, col quale abbia istituito i suoi eredi universali alcuni de' discendenti suoi, esclusivamente dagli altri. V. Sirey T. 7. P. 2. pag. 693.

(4) Articolo 920 del Codice Civ. (837 LL. CC.).

(5) Articolo 829 del Codice Civ. (748 LL. CC.).

do, perchè prendendo ciascuno de' figliuoli la quantità che gli è dovuta, non è eccesso nè per l'una nè per l'altra parte. In questo caso la volontà dell'uomo ha per confine la disposizione della legge, o la quantità della detrazione da farsi in favor de' legittimari contrassegna i termini del legato universale. Niuno dee farlo all'altro ragione. Il testamento trovasi di per se stesso diviso in due parti: la volontà dell'uomo o la volontà della legge.

Nondimeno non è mancato chi abbia assunto in principio che ogni liberalità

fatta ad un erede legittimo senza la formula solenne a titolo di *prelegato* ed oltre la sua parte sia soggetta a collazione. Con la quale proposizione si va incontro a due seguenti assurdi: il primo, che si uguaglierebbe la sorte degli eredi, anche in quo' casi no' quali è manifesta la volontà del testatore di voler la disuguaglianza: il secondo, che sarebbe sostenuta siffatta interpretazione come conseguenza di una legge, che ha liberato da qualunque forma la manifestazione della volontà.

II.

La collazione è un rimedio di equità, inventato per istabilire l'uguaglianza fra quelli eredi, pe' quali si presume avere avuto il defunto un'uguale affezione. *Hic titulus manifestam habet aequitatem; cum enim Praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipulos admittat, participesque faciat cum his, qui sunt in potestate bonorum paternorum, consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, quae appellant paterna* (1). Sì che due sono i requisiti che questa legge presuppono: l'uno che abbia luogo fra eredi; l'altro che l'uguaglianza sia stato il voto del defunto. Comechè il diritto nuovo convenga coll'antico, quanto agli esposti principi, varia nonpertanto da quello circa l'applicazione di essi, atteso il diverso significato che ha dato alla parola *erede*. Dappoichè il codice civile ha diviso in due parti il patrimonio del defunto, nella parte disponibile cioè, o nella indisponibile, o sia nel patrimonio della legge, ed in quello dell'uomo; è manifesta la conseguenza che coloro, i quali succedono per volontà dell'uomo, non possono conferire nulla a coloro che succedono per disposizione dell'altro. Quelli sono designati col nome di eredi, questi di legatari. E però se il testatore ha separato l'interesse degli uni da quello degli altri, i diritti rispettivi non

s'incontrano fra loro, e ciascuno di essi succede per un diritto ed un titolo diverso. Or nel caso della disposizione, in cui il padre abbia fatto un legato universale ad uno de' figliuoli, ed abbia riservato agli altri la parte della legge, è inutile disputar di collazione; perciocchè la legge presuppone questo voto nel silenzio del testatore; ma dove la volontà di costui si è manifestata, ed il voto suo non è stata l'uguaglianza, ma la disuguaglianza, l'espressa volontà distrugge la presunta. Comechè queste verità derivino immediatamente da' principi fondamentali del diritto, pure confermiamolo per l'autorità espressa della legge, e de' giureconsulti francesi. Ed acciocchè la dimostrazione sia generalissima, ed abbracci tutti i casi, dividiamola in due proposizioni: 1. Non esiste collazione tra legatari, e gli eredi; 2. I figliuoli, legatari universali, prendono per virtù della sola disposizione dell'uomo, o senza obbligo di collazione, non meno la quota disponibile, che la parte ad essi riservata per legge. La prima proposizione è letteralmente dimostrata per gli articoli 843 e 857 del Codice Civile (762 e 776 LL. CC.) (2). La seconda è una conseguenza della prima, se si conviene, che il figliuolo, legatario universale, cessa di riconoscere dalla legge qualunque parte de' suoi diritti, e gli ripete

(1) *L. 1. D. de collat. bonor.*

(2) *Qualunque erede, concorrendo ad una eredità, dee conferire a' suoi coeredi tuttociò che ha ricevuto dal defunto. Art. 843 (762).*

La collazione non è dovuta se non dal coerede al suo coerede: non si dee nè a' legatari, nè a' creditori dell'eredità. Art. 857 (776).

tutti dalla testamentaria disposizione del padre. Or questa verità apparisce manifesta non meno per gli articoli 1004 o 1005 del Codice Civile (930 e 931 LL. CC.), che per molti altri univocargomenti.

L'articolo 1004 dice: *Quando a morte del testatore vi sieno eredi, a quali è dalla legge riservata una quota de' suoi beni, questi eredi per la di lui morte entrano ipso jure nell'immediato possesso di tutti i beni dell'eredità, ed il legatario universale dee chieder da essi il rilascio de' beni compresi nel testamento.*

Questa disposizione è generalissima ed abbraccia tanto il caso del legatario universale, estraneo, quanto quello del figliuolo o di altro erede legittimo. Che anzi essendo il caso della liberalità usata a' figliuoli ed agli altri eredi legittimi più frequente del legato universale fatto a favor degli estranei, è manifesto che la legge ha uguagliato la condizione di quegli uni che degli altri, ed ha voluto che gli eredi legittimi legatari universali domandassero il possesso non de' soli beni della quota disponibile, ma anche quelli della parte legittima. Tanto significano le parole *beni compresi nel testamento*. Lo stesso argomento si ricava dall'articolo 1005 (931); sì che ampliando l'anzidetta conclusione puossi, in termini più generici, dire che la successione testamentaria fa interamente sparire la legittima, verità la quale risulta anche dalla stessa definizione del legato universale. *Il legato universale è la disposizione testamentaria, colla quale il testatore dà ad una o a più persone l'universalità de' beni, ch'egli lascerà dopo la sua morte* (1). Aggiungeremo finalmente che questa verità è dimostrata per l'indole stessa della successione testamentaria, la quale deroga sempre alla legittima: *Quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur* (2).

Dopo avere esaminato la cosa pe' principi suoi, vediamo come l'identica questione sia stata trattata da' più chiaripositori del diritto francese. Circa la questione, se nel legato universale l'erede legittimo succeda col solo diritto nascent-

te dal testamento, ovvero col doppio diritto di legatario e di erede, è notabile l'autorità di Ricard nel Trattato delle donazioni. « Un padre, dice l'autore, fa uno de' suoi figliuoli, suo legatario universale. Gli altri domandano la loro legittima, che è, per esempio, la metà di tutti i beni; è ben certo che oltre l'altra metà che il figlio legatario ritiene per virtù della disposizione fatta a suo favore, come ogni altro legatario avrebbe fatto, prende altresì nella prima metà riservata a' figli per loro porzione legittima la sua parte uguale a quella di ciascuno de' fratelli e sorelle, la qual parte sta in luogo di porzione ereditaria, e ch'egli coeserva in qualità di presunto erede, quantunque sembri a prima vista a coloro, che non penetrano abbastanza nelle cose, che questo equivale a renderlo erede o legatario insieme, e che godendo egli del legato fattogli, e ritenendo la metà de' beni, come un estraneo, non dovrebbe nulla prendere a titolo di figlio, e di presunto erede. Ciò nondimeno noi praticiamo il contrario, e con giustizia; perciocchè le nostre consuetudini allorchè hanno vietato il far dono all'erede presunto, non hanno avuto altro in mira, se non che l'uno de' figli non s'avesse avvantaggiato più che l'altro, e non hanno inteso impedire che si disponga in favore suo della porzione che gli è destinata dalla consuetudine, la qual porzione ritiene egli per virtù della disposizione, senza che sia obbligato di dichiararsi erede » (3). E Grenier, classico scrittore della materia delle donazioni e de' testamenti, avendo trattato più ampiamente di questa questione, come quella che in se contiene il principio di tutta la teoria della collazione, la risolve nel seguente modo: « Nel caso della disposizione universale, non si può giammai supporre il concorso delle due qualità, di donatario o legatario, e di erede. Colui al quale è stata fatta la donazione non viene, se non con una qualità sola, che è quella di donatario o legatario. Egli tiene il tutto per la disposizione, ed il disponente stesso ha annunziato che l'uguaglianza non era il voto

(1) Art. 1003 del Cod. Civ. (929 LL. CC.).

(2) L. 89. D. de reg. jur.

(3) V. Ricard des donations Parte I. num. 704.

suo. Può dunque aversi come indubitato, che quando esiste una disposizione, in favor di Giacomo, di tutti i beni che il testatore lascerà al tempo della morte sua, bisogna giudicarla, come se fosse così conceputa: Io do a Giacomo la porzione disponibile, ed inoltre il resto de' miei beni, che la legge non assegna, nel tempo della mia morte, ad altri eredi. Questa disposizione è virtualmente compresa in una donazione di tutti i beni, che si troveranno al tempo della morte s.

Per sostenere il contrario, converrebbe dire che il defunto non ha potuto dare a Giacomo quello che gli toccava per effetto della legge; che poteva dargli solamente quello eh'era rimesso alla sua disposizione. Ma questo raziocinio non è conforme alle idee, nè della morale, nè della legislazione. Tuttogiorno interviene che un padre dà quello che a rigor di diritto non potrebbe togliere col testamento, ma che purtuttavolta avrebbe potuto non lasciare nella sua successione, o vendendolo, o dissipandolo; ed è pertanto utile che il figlio sembri riceverlo anche a titolo di disposizione (1).

Premesse questo cose è chiaro l'errore di chi sostiene che ogni liberalità fatta ad uno degli eredi legittimi, senza la formola solenne a titolo di prelegato ed oltre la sua parte, sia soggetta a collazione. Difatti dalle ragioni addotte si rileva che la collazione non solamente non è applicabile, ma è ripugnante alla natura del legato universale. Se è ripugnante, dunque la legge non poteva esiger dal testatore alcuna dispensa. Colui che dona tutto non eccettua nulla; in questo caso non può più concepirsi l'idea della dispensa alla collazione. Tutto quello, di cui il defunto poteva disporre, tranne la riserva assegnata agli eredi, diversi dal donatario o legatario, è dato a costui (2).

Può non pertanto il testatore oltrepassare i limiti della facoltà di disporre, e fare pregiudizio a' diritti degli eredi legittimi. In questo caso l'articolo 920 del Cod. Civ. (837 LL. CC.) accorda a costoro un altro rimedio, affatto diverso dalla collazione, che è la riduzione. Per esso l'eccesso vien moderato, e si restitui-

sce al patrimonio *indisponibile* quel che l'illegittima volontà dell'uomo aveva cercato di toglierli. Questo rimedio è una conseguenza necessaria della divisione ereditaria dal nuovo diritto fra'l patrimonio della legge, e quello dell'uomo, ma è unicamente introdotto per fare salve ed illese le quote legittime degli eredi, al tempo dell'apertura della successione. E qui è necessario notare, che le leggi si servono talvolta del vocabolo *conferire*, allorchè parlano dell'eccesso de' legati universali che si restituisce per ministero della legge alla massa indisponibile; ma questo vocabolo ha due significati, l'uno comune, l'altro proprio o tecnico: *conferire l'eccesso, di ciò che è stato disposto, alla massa legittima*, vuol dire restituire quello che ingiustamente l'era stato tolto; laddove *conferire i doni e le liberalità alla massa comune* dinota uguagliare la condizione di coloro che hanno per legge un ugual diritto alla successione. Noi non sappiamo dipartirci nè dalle idee, nè dalle parole del giudizioso giureconsulto, poe' anzi citato; o però conchiuderemo col medesimo:

« Da questi principi si ricava che la disposizione universale porta seco, e per natura sua, i beni tutti, tranne quelli che per effetto della riduzione, potevano esser ridomandati dagli eredi, a quali la legge accorda una riserva; che se al tempo della morte non si trovassero di questi eredi, la disposizione regge per intero. V'è dunque il caso della collazione, e quello della riduzione, che bisogna non confondere tra loro. V'è luogo a collazione quando trattasi d'una donazione parziale, sia di quota, sia di cosa particolare... V'è luogo a riduzione, quando la donazione abbraccia tutt'i beni. Ma questa riduzione fa necessariamente presupporre che tutto appartiene a colui a favor del quale la disposizione è stata fatta, tranne gli oggetti particolari riscattati dalla disposizione per effetto della riduzione; e se tutto gli appartiene, eccettuazione fatta dei soli oggetti riscattati, ciò non può intervenire, se non perchè tutto gli è stato dato, salva l'eccezione, se mai ha luogo (3).

(1) Grenier Tomo secondo Parte IV. Sezione I. § 487.

(2) Grenier *ibid.* § 487.

(3) Grenier *ibid.* §. 487.

Generalizziamo ora le cose sin qua dette.

Non vi ha, per diritto, collazione tra i legatari e gli eredi.

Il legatario universale riconosce tutto dalla volontà dell'uomo, e nulla dalla legge.

Nel figliuolo legatario universale la disposizione dell'uomo assorbe quella della legge.

III.

Abbiam dimostrato che la collazione è un rimedio non solamente estraneo ma ripugnante alla natura de' legati universali, mostriamo ora ch'essa è un rimedio proprio de' legati particolari. E qui intendiamo per legati particolari, tanto quelli di cosa certa, quanto quelli di quota dell'eredità. Si negli uni, che negli altri, la legge per favorire l'uguaglianza tra figli non presume, che il testatore abbia voluto in essi accumulare le due qualità di legatario e di erede. Fa d'uopo non pertanto distinguere la presunzione dalla volontà espressa. Fra l'una e l'altra passa quella stessa differenza, che è tra la successione legittima e la testamentaria.

Che la collazione sia un rimedio trovato per questi legati, e che il voto della legge sia il separare uella persona de' successori legittimi la qualità di erede da quella di legatario, chiaro si mostra per gli articoli 843 e seguenti del Codice Civile (762 e seg. LL. CC.). Ed in primo luogo l'art. 843 (762) dice: *Qualunque erede concorrendo ad una eredità, dee conferire tutt'occhè che ha ricevuto*. Ora non essendo il legatario universale giammai erede, è manifesto che la legge non parli se non de' legatari di quota, o di cosa certa. Questo argomento è confermato anche dall'art. 919 (835), col quale si sottopongono a collazione i soli legati della quota disponibile, o di parte di essa. In secondo luogo è altresì manifesto che per darsi luogo all'obbligo della collazione, la legge presuppone due condizioni, l'una che il donatario o legatario sia erede per legge, l'altra che concorra all'eredità. Or

Può il legatario universale essere soggetto a riduzione, se la disposizione dell'uomo ha offeso il diritto degli eredi legittimi.

Può il figlio, legatario universale, essere soggetto a riduzione, se la disposizione dell'uomo, oltre la quota disponibile, ed oltre la quota legittima, sia stata anche estesa alle quote legittime degli altri figliuoli.

questa conclusione è confermata dall'articolo 846 (763), il quale sottopone alla collazione il donatario che non era successore legittimo al tempo della donazione, ma che lo è divenuto al tempo della morte; sì che è evidente avere egli acquistato il debito di conferire per la qualità sopravvenuta di erede, e non per quella di donatario. Finalmente l'argomento decisivo è nell'art. 845 (764), che permette al successore legittimo il rinunciare all'eredità, quando egli voglia preferire il legato alla quota legittima. Confermiamo ora l'esposta teoria per l'autorità dello stesso Grenier di sopra citato. «V'è luogo a collazione, dice questo scrittore, quando si tratta d'una donazione parziale, o di quota, o di oggetto particolare. In questo caso il legatario, o il donatario potrebbe venire con due qualità, di donatario o legatario, e di erede. Ma questa unione è vietata, se il disponente non abbia voluto espressamente il contrario (1).

Fin qua abbiain parlato della volontà presunta del testatore, o sia di quella che la legge presuppone in grazia dell'uguaglianza. Ma questa uguaglianza è il fondamento della successione legittima, e non della testamentaria. Imperciocchè chi dice testamento, dice libertà di disporre, e nella libertà di disporre è implicita la predilezione, e la facoltà di gratificare chi meglio ha saputo meritare la benevolenza del testatore.

Allorchè fu discusso in Francia l'art. 919 del Codice Civ. (835), caddero in esame diversi idee ricavate, parte dalle antiche leggi di quel paese, parte da principi d'interesse e d'utilità pubblica.

(1) Grenier T. 2. Parte 4. Cap. 1. Sez. 1. §. 487.

L'opera di una nuova legislazione è sempre preceduta da una moltitudine di concetti e d'idee, le quali a guisa degli elementi del caos, non sono l'una all'altra coordinate, se non dopo che si è esattamente considerata la convenienza ed il rapporto morale di ciascuna collo scopo principale della società, e di tutte le civili istituzioni. Ne' paesi che vivevano col diritto scritto potevano i padri, conformemente al diritto romano, vantaggiare la condizione di uno, piuttosto che di un altro de' figli. Per l'opposto in alcuni dei paesi di diritto consuetudinario, questa facoltà era tolta a' genitori. Finalmente le leggi transitorie fatte durante il tempo della rivoluzione, avevano impresso in molti petti l'ideale forma dell'uguaglianza, della quale pareva che la legge delle famiglie dovesse offrire il primo tipo. Tutti questi elementi, che nell'effervescenza de' progetti, gli uni contro agli altri pugnavano, furono vinti dalla ragione del legislatore, che non è se non il giudizio d'un uomo sano, rettificato per le verità di esperienza. « Doe la legge, disse l'Oratore Favard al Corpo Legislativo, dee la legge permettere a' padri il dare ad uno de' figliuoli la porzione disponibile? Non si stabilisce così una disuguaglianza che ripugna a' nostri principi? » La risposta a questi quesiti contiene i principi da quali dee ricavarsi il voto della legge circa la collazione ».

« Questa uguaglianza che si è creduto potere stabilire è pure una chimera. Noi siamo al giorno d'oggi ben convinti, e dobbiam di buona fede convenire che è impossibile l'effettuarla. La disuguaglianza de' beni è inevitabile, ed è il risultamento indispensabile della natura dell'uomo, e dello stabilimento della società. Esisterà sempre relativamente alle facoltà fisiche, morali e d'industria, e strascinerà necessariamente seco quella de' beni. In fine, lungi da voi, legislatori, questa fallace teoria, che ha potuto sedurre gli animi per qualche momento. Fissate piuttosto i vostri sguardi al bene che può produrre la legge, la quale restituisce al padre la facoltà di ricompensare quello dei suoi figli, che avrà saputo meritarselo, e

di fare sperare a tutti questa ricompensa sì soave per chiunque è capace di gustarne il prezzo. L'esperienza fatta della legge de' 4 Germile, anno ottavo, contro alla quale si sono alcuni con tanta perseveranza scagliati, ma sempre senza successo, giustifica abbastanza il sistema, che il progetto ha seguito.

« Non si ripeta che l'interesse non debba esser presentato a' figli come un motivo, che gl'induca a praticare verso il padre loro quelle cure e quei modi officiosi, che la natura stessa e la riconoscenza pongono a loro debito.

« È molto bello senza dubbio il pensare che la natura e la riconoscenza debbano parlare sì potentemente al cuore del figlio; ma l'esperienza ha infellicemente per noi, dimostrato, che questo non è costantemente vero; e se l'interesse può agguagliare un grado di forza a questi due sentimenti, perchè trascurarlo? Non dee forse il legislatore porre in attività tutte le molle del cuore umano, per fare nascere tutte le virtù? E quando si vede la pratica di esse, bisogna forse disputar della causa? Allorchè un'opera perfetta sorprende i vostri occhi, vi occupate forse di scoprire i primi mezzi rozzi, pe' quali l'artista è giunto insino alla perfezione? Lasciamo all'uomo i difetti, che dipendono dalla natura sua. La grande arte del legislatore è d'indirizzargli all'utile generale della società.

« Il progetto di legge tendo a questo scopo, allorchè permette al padre di dare la porzione disponibile ad uno de' suoi figli, purchè la disposizione sia stata fatta espressamente a titolo di prelegato ed oltre la sua parte, e per agguagliare a questa benefica disposizione il sigillo della sapienza ha detto: La dichiarazione che la donazione, o il legato è a titolo di prelegato, e oltre la sua parte, potrà essere fatta, sia per l'atto che conterrà la disposizione, sia posteriormente nella forma delle disposizioni tra vivi, o testamentarie ».

Le medesime ragioni sono presso a poco contenute nell'esposizione de' motivi della legge fatta dal Consigliere di Stato Bigot-Préamenu (1).

(1) *V. Exposé des motifs*, n. 53, par le Conseiller d'Etat Bigot-Préamenu.

Adunque la discussione de' veri fini della legge menò i legislatori francesi a quello stesso risultamento che ebbero presso i Romani tutte le leggi circa la collazione, siccome apparisce manifesto dalla comparazione dell'art. 919 (833) col capo sesto della novella 18. L'articolo anzidetto permette che il padre doni la parte disponibile ad uno de' figliuoli, in aumento della parte legittima, ma vuole che lo spieghi. Se il padre non lo spiega la legge no'l presume. Similmente il capo 6. della novella: *Sive quispiam intestatus moriatur, sive testatus, quoniam incertum est, ne forsan oblitus datorum, aut prae tumultu mortis angustiat, hujus non est memoratus, omnino esse collationes, et exinde aequalitatem, secundum quod olim dispositum est, nisi expressum designaverit ipse se velle non fieri collationem.* Il motivo finale dunque si dell'antica che della nuova legge è: la liberalità non si pre-

sume, e però colui che la vuole, è obbligato ad esprimerla.

Ricavando ora dalle cose sin qua dette i principi ed il fine della legge, ampliamo la sequenza delle regole di diritto, alle quali si può ridurre la materia della collazione.

Siccome ne' legati universali è manifesta la volontà che esclude l'uguaglianza, così incerta e dubbia è ne' legati particolari.

Nel dubbio la legge interpreta la volontà nel modo più conforme alla successione legittima.

Nel caso della volontà espressa, cessa qualunque presunzione.

La legge tanto non costringe la volontà de' testatori, quanto concede loro la facoltà di gratificare l'uno piuttosto l'altro de' figli.

Non solo non ravvisa in essa nulla di odioso, ma la riguarda come uno de' vincoli conservatori della morale e dell'ordine delle famiglie.

IV.

Il tema proposto può essere anche enunciato in altri termini: Quando dee dirsi espressa la volontà del testatore? Quando è chiaramente enunciata. Ma qual'è la chiarezza richiesta dalla legge? È l'espressione naturale della volontà dell'uomo, ovvero un modo solenne di dire? Non può essere un modo, o una formola solenne di dire perchè questa restrizione ripugnerebbe ad un principio fondamentale del diritto, e ad una testuale disposizione dell'art. 919 (833). Il principio fondamentale è, che il diritto nuovo ha prescritto tutte le interne solennità de' testamenti, ed ha consecrato la massima, che purchè il testamento sia scritto in una forma provante, può il testatore spiegare la sua volontà nel miglior modo che gli piaccia. Se dunque ora richiedesse una formola *conceptis verbis*, sarebbe in contraddizione con se stesso, ed avrebbe promesso più di quel che non tiene. Sarebbe inoltre più rigido dell'antico diritto, mentre ha dichiarato voler liberare i testamenti dalle servitù delle formole solenni, delle quali erano per lo addietro rivestiti. Ma questa ipotesi ripugna altresì all'espressa disposizione dell'art. 919 (833), il quale dice: « La dichiarazione, che la donazione, o il legato è a titolo di antiparte

» o di prelegato potrà farsi tanto coll'atto stesso che contiene la disposizione, » quanto con un atto posteriore nella forma delle disposizioni fra vivi o testamentarie ». Or se è permesso fare la dispensa alla collazione o collo stesso atto, o con atto posteriore, è manifesto non essere questa dispensa attaccata alla formola, ma dipendere unicamente dalla chiara enunciazione della volontà, perchè l'atto sia fatto in una forma provante. Ciò non ostante siccome l'arte del discettare corrompe sempre quella d'interpretare le leggi, si è sostenuto che gli articoli 843 o 919 (762 e 833) contenessero una formola solenne, la quale sola può dispensare le donazioni e i legati dalla collazione. Comecchè l'errore sia confutato dagli anzidetti due invincibili argomenti, purtuttavia esaminiamo gradatamente quale sia stato, circa questa opinione, il concetto degli autori stessi della legge, e quale la dottrina ricevuta dalla sana giurisprudenza.

L'articolo 843 762) vieta agli eredi legittimi il ritenere le cose donate, ed il reclamare i legati, fuori del caso in cui le donazioni o i legati sieno stati fatti espressamente a titolo di prelegato, ed oltre la sua parte, o colla dispensa dalla collazione.

L'art. 919 (835) è così concepito: « La porzione disponibile potrà esser data io tutto o in parte, tanto per atto fra vivi, come per testamento, a figli o ad altri successori del donante, senza che il donatario o legatario venendo a succedere sia obbligato a farne la collazione, purchè però la disposizione sia stata fatta espressamente a titolo di antiparte o di prelegato ».

Quanto all'art. 843 (762), il consiglier di Stato Treilhard nell'esposizione de' motivi della legge, ed il tribuno Chabot de l'Al-lier, nel rapporto al tribuato, non considerano nella collazione se non la regola nascente dalla presunzione della legge, e l'eccezione dipendente dall'espressa volontà del testatore. Il secondo pone principalmente come base dell'espressa dispensa della collazione la disposizione della novella 18 (1).

E circa l'art. 919 (835) nell'esposizione de' motivi della legge il consiglier di Stato Bigot-Prâmenau, senza fermarsi all'analisi delle parole, come univocamente il fine di quella. « Già la legge de' 4 Germile, anno 8, e gli dice, permise le liberalità a favore de' figli o altri successori legittimi del disponente, senza che fossero soggette a collazione, purchè queste non oltrepassassero i limiti prescritti. Questa regola è stata conservata » (2). Or se la formola per la quale doveva esser concepita la dispensa non formò il soggetto d'alcuna particolare osservazione, dee dirsi ch'essa non conteneva già una condizione della libera manifestazione della volontà, ma un modo comune di parlare scelto da' legislatori dall'antico tecnico linguaggio del diritto. Ma se questo discorso presenta un semplice argomento negativo, l'altro di *Jaubert de la Gironde* fatto al tribunato, a nome della sezione di legislazione, contiene la giusta e legittima interpretazione delle parole a titolo di antiparte o di prelegato: « La quota disponibile, egli dice, può essere lasciata o ad un estraneo, o ad uno dei successori legittimi. Le disposizioni a favore d'un successore legittimo sono in ge-

nerale soggette a collazione per quel che eccede la quota disponibile. La disposizione è libera dalla collazione, quando è fatta espressamente a titolo di prelegato o d'antiparte. Se i termini non sono sacramentali, non d'almeno esistere alcuno dubbio circa la volontà » (3).

Due conseguenze si ricavano da queste autorità: La prima che le parole a titolo di prelegato o d'antiparte non sono sacramentali, il che vuol dire, non costituiscono una formola solenne: la seconda che il diritto nuovo ha inteso ripetere la disposizione della novella 18. Ma siccome le formole e le solennità dell'antico diritto, quanto alla manifestazione della volontà, sono state dal diritto nuovo sbandite, così se la novella avesse richiesto una formola rigorosa di parlare, è manifesto che il precetto e non le parole di quella legge sono passate dal vecchio al nuovo diritto. Purtuttavia consentiamo che quel che sarebbe stato espresso, a senso della novella, lo sia pure a senso dell'articolo 919 del codice civile (835 LL. CC.)

Espresso, in diritto, dicesi quello che apparisce manifesto non solamente per le parole, ma anche per la cosa stessa, per modo che se la volontà del defunto non sia capace che d'un significato solo, è indifferente il ricercare di quali parole il testatore siasi servito. Diversi esempi di questa verità ci somministrano le leggi antiche. La legge 24 *D. de vulg.*, e la legge 23 *D. ad S. C. Trebell.* dichiarano, che se sieno più eredi istituiti in parti disuguali, ed a ciascuno sia sostituito un altro, la stessa disuguaglianza di parti che aveva luogo tra' primi, s'intendesse ripetuta pe' secondi, *nisi forte*, soggiugne il giureconsulto, *alia mens fuerit testatoris, quod vix credendum est, nisi evidenter fuerit expressum*. Ora questo caso proposto come esempio di uoa volontà presunta, per derogare alla quale è necessaria una contraria espressa volontà, fu risolta per argomenti, da' quali raccoglievasi, che il testatore non aveva voluto fra' sostituiti quella

(1) *V. Exposé des motifs de Treilhard*, num. 52.

Rapport par Chabot num. 53.

(2) *V. Exposé des motifs* num. 55.

(3) *Rapport fait au Tribunal par le Tribun Jaubert*, n. 56.

stessa disuguaglianza, che ordinato aveva per gl' istituti (1).

E nella materia della collazione, era la figlia obbligata a conferire la dote per disposizione della legge *Filiae dotem C. de Collat.* Ciò non ostante avendo un testatore ripartito disugualemente l'eredità tra 'l figlio e la figlia, in grazia della dote a lei costituita, rispose il giureconsulto Scevola, dover cessare la collazione della dote. *Intestato moriens Codicillis praedia sua omnia, et patrimonium inter liberos divisit, ita ut longe amplius filio quam filiae relinqueret: quaesitum est an soror fratri dotem conferre deberet. Respondi, secundum ea quae proponerentur, si nihil indivisum reliquisset, rectius dici, ex voluntate defuncti collationem cessare. L. ex parte D. famil. ercisc.* Ora applicando questi principi all'espressa dispensa della collazione, richiesta dalla nov. 18, tutti i giureconsulti di più retto senso hanno creduto, che quando il testatore avesse per modo equivalente spiegato la volontà sua, potesse il fatto più che le parole contenere quell'espresso divieto, che la legge ha comandato. E traendo argomento dal fine della collazione, che è l'uguaglianza, hanno conchiuso, che dove la volontà fosse tale, che per la collazione risultasse la disuguaglianza, dovesse credersi derogato alla legge per la volontà dell'uomo. Tal è l'argomento che Baldo, Alberico, Decio ed altri ricavarono con sodo giudizio dalla legge *ex parte D. Familiae erciscundae* (2). Questa è pure la sentenza che fu accolta dal diritto ricevuto, e che è stata seguita in tutti i tribunali di Europa. In conferma di che noi citeremo quella massima di diritto, che circa questa materia profferì il chiarissimo Antonio Fabro: *Nemo dubitat, quin cesset collatio ex voluntate parentis, non solum si voluntas illa expressa sit, sed etiam si tacita.* E quanto alle autorità degli scrittori e de' tribunali di tutti i paesi, rimanderemo i nostri lettori, alle citazioni alle

quali lo stesso scrittore si riferisce (3); conchiudendo la disamina dell'antica dottrina, circa la dispensa della collazione, con un notabile luogo di Vinnio.

Illam autem restrictionem nostram nisi testator expresse collationem remiserit, aut prohibuerit, iuxta d. Nov. 18 c. 6. non sic accipi volumus, quasi ad excludendam collationem omnino necessariam putemus verbis directo inhihentibus aut remittentibus expressam parentis voluntatem: sed voluntatem quoque modo significatam, iis tamen verbis, unde ea probabiliter colligatur: veluti si pater majorem partem bonorum filio assignaverit, quam filiae, addita hac ratione, quod filiam dotasset: ex eo enim satis intelligimus eum noluisse dotem a filia conferri per l. ex parte 39 §. 1. D. famil. ercisc. et ibi Costal. unde Wames cent. 2. Civil. Coos. 44 recte respondit, testatorem, qui quandam res a filia conferendas specialiter designaverit, intelligi reliquas a collatione exemisse. Sed et in casu praecedente idem probandum esse; licet causam inaequalis divisionis non expresserit pater; et ad collationem impediendam, si alias inaequalitas oriretur, sufficere voluntatem defuncti, conjecturis collectam, contra Fulgos. et Roman. contendit Aretin. in L. 9. C. hoc tit. col. 2. arg. d. l. 39. §. 1. fam. ercisc. , cuius sententiam ab aequitate commendat Nemaus quae. 33. sequitur Cravett. Con. 85 et 125. Surd. Cons. 143. n. 11. et 19, et alii laudati et probati a Fachin. lib. 5. c. 78, quibus summuoque calculum adjicit el. D. Tuldenu ad C. h. t. n. 2. Quae eadem ratione, et si regulariter dos conferri debet, tamen si pater majorem filio, quam filiae portionem reliquerit, censendus est tacite onus conferendi remississe. Mantie. lib. 6 de conj. ult. vol. tit. 2. n. 11. post. Odofr. Albert. Floria, et alios ibid. citatos. Denique ob hanc eandem causam non conferitur, quod praeter et ultra portionem haereditariam datum est;

(1) *V. d. l. 23. §. Sed si jubeantur, ad S. C. Trebell.*

L. 7. D. de Reb. Dub.

L. 24. D. ad S. C. Trebell.

(2) *V. Bald. ad leg. ex parte §. Intestato, D. famil. ercisc.*

Albericus ad d. l.

Decius, Consil. 59.

Cravetta Consil. 85 et 125.

Joan. Petr. Surdus. Con. 143.

(3) *V. Fabro Lib. VI. Tit. IV. De Collat. Defn. 2. n. 5.*

veluti si pater filiae suae nomine dotem dederit centum aureorum, addita hac clausula: idque ultra eam portionem, quam in bonis meis me defuncto habitura est: quippe qua adiectione collatio non obscure remittitur. Ant. Fab. C. suo hoc tit. delin. 2. (1).

Se i giureconsulti francesi e i giudicati de' tribunali non avessero deciso la controversia, giusta il senso dell'art. 919 del codice civile (835 LL. CC.), non potrebbe prendersi una norma più sicura di quella che somministra il diritto antico, dappoichè è sempre vero, che il nuovo è meno rigido di quello nell'interpretazione delle formole, che possono restringere la libera facoltà di manifestare la propria volontà. Ma la giurisprudenza francese ha già formato una dottrina ricevuta circa la medesima controversia, che gioverà brevemente esaminare.

L'autore delle pandette francesi così si esprime intorno alla dispensa dalla collazione. « Comechè la legge richiegga che l'ascendente donatore abbia espresso la dispensa della collazione; v'ha purtuttavia de' casi ne quali si sottintende, quantunque non sia scritta. Per esempio, se il padre abbia fatto col testamento la divisione tra' figli de' beni suoi, ed abbia dato agli uni, piùchè agli altri; quelli i quali hanno porzioni maggiori, non sono obbligati a conferire; perciocchè è evidente aver voluto il testatore la disuguaglianza, e per conseguente non v'è luogo a collazione. Avvertite sempre che questo non regge, se non pe' beni compresi nel testamento, e non per le antecedenti donazioni, di cui il padre non avesse parlato » (2).

Non diversa è l'opinione di Grenier: « Le parole *hors part, en préciput*, e le altre *avec dispense de rapport* non sono adoperate dalla legge come formole, nè come parole sacramentali. Que-

sto hanno detto in legislazioni simili gli antichi scrittori, e specialmente Ricard delle Donazioni, Parte 1. num. 634, e Vinnio de collat. cap. 7. n. 7. Così pure ha giudicato la Corte Imperiale di Parigi, con decisione de' 13 Pratile, anno 13, dichiarando avendo che il fine della legge erasi ottenuto in una disposizione, nella quale il testatore aveva dato a' suoi nipoti la quarta parte di tutti i suoi beni, per unirli alla metà, ch'essi erano chiamati a prendere nella successione. Questa decisione, che confermò un'altra simile del tribunale di Melun è riportata nella collezione di Giurisprudenza del codice Napoleone, Tomo IV. a pagina 20.

« Io posso altresì ricordare due esempi di equipollenza di parole, riportati, il primo dal Sig. Chabot nel Comento all'art. 843 del Titolo delle successioni, a pagina 416; l'altro dal Sig. Levasseur, della Porzione disponibile, a pagina 166 » (3).

L'articolo dunque è unanimemente deciso dagli scrittori di più grave autorità, così del diritto antico, come del nuovo.

Gli esempi delle cose giudicate valgono ancora a rafforzare la stessa dottrina.

1. Non solamente la Corte Imperiale di Parigi, ed il tribunale di Melun citati da Grenier (4), ma tutte le altre Corti della Francia, e specialmente quella di Torino hanuo fissato irrevocabilmente il senso degli articoli 843 e 919 del codice civile (762 e 835 LL. CC.).

2. La decisione de' 7 Pratile, anno 13, nella causa Diemoz, è una delle classiche, perchè citata in tutte le posteriori, nelle quali è stato trattato dello stesso articolo. In questo caso il testamento era scritto prima della pubblicazione del codice civile; alle femmine erasi lasciato

(1) Vinnius de Collationibus Cap. 7. num. 7.

(2) Delaporte Pandect. Français. Tomo VII, art. 843.

(3) Grenier, Traité des donations, des testaments, ec. Parte I^a. cap. 1. Delle Collazioni §. 484 Tom. II. pag. 139. Edit. Clermont Ferrand 1812.

(4) La decisione è de' 13 Piovoto an-

no 13 per gli eredi e legatari, Colin.

Considerando, vi si dice, che il testatore ha abbastanza espresso che egli intendeva fare una liberalità a titolo di prelegato e antiparte, allorchè ha detto che faceva il legato a' suoi nipoti, perchè unissero alla porzione ereditaria l'oggetto della sua particolare liberalità.

solamente la dote, e i figli maschi erano stati istituiti eredi. Le parti convenivano, che il testamento dovesse essere eseguito giusta le disposizioni del codice civile, dopo la pubblicazione del quale erasi aperta la successione; ma ciascuna interpretavalo a modo suo, o per conseguente i maschi pretendevano succedere nella quota disponibile e nella legittima, le femmine a parti uguali nell'intera successione. La Corte di Appello confermando la sentenza de' primi Giudici decise:

« Attesochè lo spirito e la lettera delle nuove leggi non annullano per intero la liberalità, per le quali un testatore o un donatore avesse oltrepassato i limiti della porzione disponibile;

« Attesochè sostengono, al contrario, le liberalità insino alla concorrenza della porzione disponibile, obbligando l'erede, il donatario, o il legatario a conferire l'eccesso;

« Attesochè il vero senso degli articoli 843 e 919 è che debba chiaramente risultare dalla volontà del donante o del testatore, che i legatari, gli eredi, o i donatari precapiscono le parti, delle quali quelli dispongono in favor di costoro;

« Attesochè Diemoz, padre, non legando, che 500 lire a ciascuna delle sue figlie, e istituendo i suoi figli maschi in tutta l'eredità, ha evidentemente manifestato l'intenzione che quella pervenisse per intero a questi ultimi, colla detrazione de' legati fatti alle figlie ».

Per queste e per altre considerazioni relative alla validità del testamento rigettò l'appello, ordinò che i maschi precapissero la quota disponibile, e concorressero insieme colle femmine alla successione dell'indisponibile (1).

3. Nella decisione tra Moscati e Bolly della stessa Corte, de' 24 Marzo 1805, circa la questione della dispensa alla collazione, in seguito di conclusioni d'un egregio nostro Magistrato, allora sostituto Procurator generale della Corte medesima, si legge il seguente ragionamento:

« Considerando, in punto di Diritto, che sebbene nell'articolo 843 si dica che ogni erede è obbligato a conferire

a' suoi coeredi tutto quel che ha ricevuto dal defunto, e che non può reclamare i legati, se pure questi non sieno stati a lui fatti espressamente, a titolo di prelegato, o antiparte, ovvero colla dispensa della collazione; purtuttavia questa disposizione non è, relativamente a' termini ne' quali la dispensa de' essere concepita, di sì stretta interpretazione, e talmente obbligatoria, che non ammetta espressioni equipollenti, purchè queste sieno bastevoli ad esprimere la volontà chiara o precisa del defunto, cioè che le liberalità sieno oltre la parte legittima e per prelegato;

« Cho in fatti non si tratta già d'una legge regolatrice di forme, la quale non è d'ordinario capace, che dell'interpretazione la più stretta e rigorosa, soprattutto se fesso confermata dalla pena di nullità; ma si bene d'una legge d'interpretazione della volontà de' testatori, i quali, a senso di quella, non si presume che vogliano l'antiparte fuori del caso, in cui l'abbiano chiaramente spiegato.

« Che questo modo d'intendere l'anzidetta legge (il quale ci è indicato dall'Oratore del Governo, incaricato di presentarlo al Corpo legislativo) riceve altresì appoggio dall'articolo 919 dello stesso codice, col quale avendo i legislatori permesso a' donatori di fare la dichiarazione del prelegato ed antiparte, con un atto separato da quello che contiene la disposizione, hanno abbastanza dimostrato, essere il voto della legge unicamente quello di lasciare, circa questo punto, una grande latitudine a' donatori, e di non restringere con forme rigorose la manifestazione della loro volontà » (2).

4. Nella causa Ghiselli, e nell'altra di Bonetti e Godmar, con due decisioni, l'una de' 19 di Agosto 1807, l'altra de' 31 di Agosto 1808, la stessa Corte, citando non meno i suoi stessi giudicati, che quelli della Corte Imperiale di Parigi, rispondendo sempre alla medesima questione di diritto, fece le seguenti considerazioni.

Nella prima. « Considerando che la disposizione degli articoli 843 e 919,

(1) V. Sirey Tomo VI. P. II. pag. 17.

(2) Sirey Vol. VI. P. II. pag. 131.

è interpretativa della volontà del testatore, e che basta per conseguente, che risulti sufficientemente, anche per espressioni equivalenti, dalla volontà del disponente, aver egli voluto lasciare alcuna cosa a titolo di prelegato, per vantaggiare uno o più de' suoi figliuoli, in preferenza degli altri, purchè vi sia luogo alla dispensa della collazione;

« Considerando che questa volontà può risultare, sia dal testamento, per lo quale il padre abbia istituito suoi eredi universali alcuni de' discendenti, in esclusione degli altri, sia da qualunque altro atto di simile natura, contenente direttamente, o indirettamente una dichiarazione equivalente a quella richiesta dagli articoli 843 e 919 ».

5. E della seconda. « Considerando che giusta la disposizione testuale dell'articolo 843 l'eredità, anche beoeficiata, concorrendo ad una successione, dee conferire a' suoi coeredi tutto quel che ha ricevuto dal defunto per donazione tra vivi, direttamente, o indirettamente; e che non può riteore le cose donate, nè reclamare i legati a lui fatti dal defunto, se pure i doo e i legati non sieno stati a lui fatti espressamente a titolo di prelegato o antiparte, e con dispensa della collazione »;

« Considerando ciò non ostante che la legge anzidetta, non è una legge di forma, ma sì bene una legge interpretativa della volontà del defunto; e che per conseguente l'espressione a titolo di prelegato non è di rigore; e che se la volontà del defunto, per l'esclusione della collazione è altrimenti dimostrata, de' essere ugualmente osservata, non ostante la mancanza dell'anzidetta clausola » (1).

« Considerando che sotto il primo rapporto la legge Romana non richiedeva l'espressa dispensa della collazione; che

questa dispensa era di diritto, e risultava dalla natura dell'istituzione di erede, la quale comprendo l'universalità de' beni disponibili del testatore ».

6. Nella causa Thibaudon, la Corte Imperiale di Grenoble, con decisione dei 6 Luglio 1811 diede all'istituzione universale dell'eredità, fatta antecedentemente alla pubblicazione del codice civile, l'effetto d'uo legato universale, per lo seguenti considerazioni:

« Considerando essere un principio generale, che per decidere degli effetti d'un testamento, bisogna consultare la legge del tempo in cui fu fatto il testamento, e l'altra del tempo dell'apertura di quello.

« Che sotto il secondo, quello cioè dell'apertura della successione, la disposizione in controversia, dee ottenere lo stesso effetto; perciocchè da una parte l'articolo 920 del Codice Civile non prescrive se ooo la riduzione della liberalità insino alla quota disponibile, nel tempo dell'apertura della successione; e dall'altra l'articolo 924 permette al donatario, allorchè egli è uno degli eredi legittimi il ritenere sopra i beoi donati, oltre la quota disponibile, il valore della porzione che gli apparterebbe come erede de' beni non disponibili »;

« Dichiarò Claudio Thibaudon nel diritto di reclamare nello stesso tempo, 1. la porzione disponibile, 2. la porzione ereditaria nella riserva legale » (2).

Si correrebbe dietro all'iofioito, se si volesse qui riportare tutte le decisioni dei diversi tribunali e Corti della Francia, dove se qualche errore si commise per essersi da prima giudicatamente interpretate le parole dell'articolo 843 (762), si rimisero benotosto i tribunali nel retto sentiero, e formarono per l'uniformità delle loro decisioni uo' interpretazione sicura, che non è stata di poi soggetta ad alcuna'altra variazione (3). Cooperarono a que-

(1) *Sirey* Tomo VII. P. II. pag. 695, e Tomo XIII P. II. pag. 339.

(2) *Jurisprudence du Code Napoleon* tomo 17 pag. 13.

(3) V. *Sirey* T. 4. P. II. pag. 159.

T. 7. P. I. pag. 253.

T. 7. P. II. pag. 38.

T. 12. P. I. pag. 386.

T. 12. P. II. pag. 147.

Bavoux Jurisprudence du Code Napoleon T. 4. pag. 415.

Denever Journal des Audiences de la Cour de Cassation T. 8. P. II. pag. 44.

Lebret S. Martin Journal du Palais T. 17. pag. 396.

sti errori le opinioni singolari di alcuni scrittori, i quali non ostante il conosciuto loro merito, sono sovente contrassegnati dalla scuola francese, come autori d'opinioni singolari. Tal'è quella di Levasseur, nel trattato della porzione disponibile, il quale comechè riconoscesse, non essere le parole dell'articolo 843 (762) una formola solenne e sacramentale, voleva non pertanto che la dispensa alla collazione fosse sempre espressa (1). Tal'è altresì l'opinione degli autori della collezione di giurisprudenza del codice civile (2). Costoro in somma ammettevano l'equipollenza delle espressioni e non l'altra nascente dalla natura dell'atto. Ma nella presente questione non può ammettersi una opinione media. O le parole delle quali la legge si serve sono una formola solenne, o non lo sono. Se non lo sono, la volontà, comunque espressa, purchè s'ia chiara, basta a dispensarla. E per volontà espressa dee intendersi non solamente quella che nasce dalle parole, ma anche quella che si ricava dal fatto, e dalla natura della disposizione. Quest'è l'argomento della legge *ex parte*, di cui si valsero tutti gli antichi giureconsulti per dimostrare che non fosse necessario l'uso di parole dirette e proibitive. Del rimanente un error di questa natura non poteva allignare nel paese, dove nata era la legge, e dove l'interpretazione sua era tuttogiorno dichiarata da coloro che l'avevano proposta e discussa. Grenier dopo aver confutato l'opinione singolare degli scrittori poco fa citati, avverte che nel tempo trascorso dalla prima alla seconda edizione della sua opera era cessata la necessità di dimostrare per lunghi ragionamenti il giusto senso degli articoli 843 e 919 (762 e 835) (3).

Noi profitammo dell'esperienza dello scuola francesi, perciocchè ne' nostri tribunali non ha mai prevaluto altra,

che la sana sentenza. Non parliamo solamente della nostra prima Corte di Cassazione, che nacque matura, e diè l'esempio d'un Collegio, che sebbene nuovo, fonda e consolida un sistema di leggi con quella stessa profondità di lumi che fu altrove propria de' legislatori stessi. Ma intendiamo rendere altresì comune questa lode alle Corti d'appello, le quali tutto cospirarono allo stesso fine, siccome il dimostrano gli esempi delle loro decisioni.

Da' principi, non meno che dagli esempi allegati, risultano molto verità le quali possono formar la conclusione di tutte le generalità di sopra ricavate.

La dispensa alla collazione richiesta dall'articolo 843 (762), non è una legge di forma, ma una legge interpretativa della volontà del defunto.

La volontà può essere spiegata, non solamente per tante diverse espressioni, quanti sono i modi di parlare, ma anche per le conseguenze che necessariamente derivano dalla disposizione.

Sono conseguenze necessarie della disposizione, che l'effetto corrisponda alla causa che lo produce, e che ammesso il fine, debba altresì presupporvisi il mezzo, pel quale quello può ottenersi.

Entrambe queste conseguenze scaturiscono immediatamente dal voto che ha regolato l'animo del testatore, che è l'uguaglianza o la disuguaglianza tra i successori legittimi.

Questo voto si raccoglie non meno dal favore che il testatore ha mostrato per l'erede prediletto, che dal paragone tra quello e gli altri eredi meno favoriti.

La volontà del testatore, così manifestata, contiene l'espressa dispensa alla collazione, non ne' legati universali, nei quali non essendo la volontà cessa la necessità della interpretazione, ma ne' legati di quota, ed in tutte le liberalità particolari.

(1) *Levasseur de la portion disponible* pag. 165.

(2) *Jurisprud. du Code Napoleon* To-

me 4. pag. 418.

(3) Grenier *T. II. P. IV. Cap. I. Sez. I. §§. 486, 488.*

CONSULTAZIONE (XI).

DELLA INTERPETRAZIONE DELLA REGOLA *NOVISSIMA SCRIPTURA VALET*
NE' LEGATI DI QUANTITA'.

Si è discettato se il legatario, più favorevolmente considerato in un primo testamento che non in un secondo, potesse

giovarsi della disposizione dell'articolo 991 delle Leggi Civili per domandare il pagamento ancora del primo legato.

I.

Cotesta quistione nasce dalle nostre nuove leggi per virtù dell'articolo 991 delle Leggi Civili, il quale prescrive la revocazione del precedente testamento per effetto di un altro posteriore, solamente per quelle parti, dove si ravvisa incompatibilità tra le due disposizioni. « I testamenti posteriori che non rivocheranno espressamente i precedenti, annulleranno soltanto quelle disposizioni ivi contenute che si trovassero incompatibili colle nuove, o che vi fossero contrarie (1). Sarebbe impossibili e trasportarla nell'antico diritto senza considerare i due testamenti come due volontà, le quali possano insieme reggere senz'chè l'una distrugga l'altra. Cotesta ipotesi ripugna a' principi cardinali dell'antico diritto, il quale non ammetteva due testamenti, perchè non riconosceva due diverse istituzioni di erede. Per esaminar dunque la quistione nel solo aspetto possibile secondo que' principi conviene riguardare il secondo testamento, quanto al legato, come un codicillo del primo, ovvero ammettere per ipotesi che anche sotto l'imperio delle antiche leggi, due testamenti potessero insieme reggere. In ciascuno di questi due casi se il testatore abbia nel primo fatto un legato di somma maggiore, e nel secondo un legato di somma minore alla medesima persona, sono dovuti entrambi i legati ovvero il secondo ha diminuito il primo? In questi termini era anche sotto le antiche leggi frequente la quistione, nella

materia de' fedecommissi e de' legati, se cioè fatti con diversi atti di ultima volontà più legati di quantità alla medesima persona, fosse ciascun di essi singolarmente dovuto; o pure si dovessero intendere per l'ultimo revocati i precedenti. E comunque una tal quistione versasse circa la interpretazione, la quale è rimessa all'estimazione del giudice; pur tuttavia davansi ne' libri del diritto diverse regole atte a distinguere i vari casi, le quali regole a buon conto non erano se non altrettante congetture della presunta volontà de' testatori. La più generica di tali regole, era che l'ultima scrittura dovesse alle altre prevalere: *In legatis novissimae scripturae valent, quia mutari causa praecedentis legati, vel conditione, vel in totum ademptione potest* (2). E nella legge 18. *D. de alimentis et cibariis legatis* si fa l'applicazione della cennata regola ad un testamento, col quale eransi legati dieci a liberti in quell'atto manomessi, ed a' codicilli co' quali erausi genericamente legati sette a tutti i liberti: risponde il giureconsulto Scevola doversi stare a' codicilli: *Libertis quos testamento manumiserat alimentorum nomine mestrus decem legaverat: deinde codicillis, generaliter omnibus libertis mestrus septem et annuos vestiarii nomine duos legavit. Quaesitum est an ex testamento et ex codicillis, libertis fideicommissum heredes praestare deberent? Respondit: nihil pro-*

(1) Art. 991 (1036 del C. Fr.).

(2) L. 12 D. de legat. 1.

L. 87 D. de cond. et demonstrat.

poni cur non ea quae codicillis data proponerentur praestari deberent. Nam ab iis quae testamento cibariorum nomine legata essent, recessum est propter ea quae codicillis relicta sunt.

Brunemann nel commento a questa legge pone come una regola generale d'interpretazione: *Si testator in testamento quibusdam libertis legavit alimentorum nomine decem, postea omnibus libertis in codicillis septem, hoc posterius legatum tantum valet, non secus ac si prius testamento relictum revocatum esset* (1). Tra le diverse ragioni che questo dotto commentatore allega è quella ricavata dalla differenza degli atti, co' quali il testatore manifestò la sua volontà, nel quale argomento si vale anche dell'autorità del chiarissimo giureconsulto Pietro Peckio, il quale nel commento alla regola del diritto generi per speciem derogatur esamina quando si presuma aver taluno mutato volontà, e corretto quella che aveva precedentemente manifestata. Se i due legati nascessero dallo stesso atto, la presunzione è che il testatore abbia voluto quelli adoppiare; laddove se sieno scritti in due atti diversi e successivi, la presunzione è che il posteriore deroga all'antecedente (2). La seconda ragione di cui si vale lo stesso Brunemann, è che può essere applicata a' legati di alimenti, dei quali egli intende parlare, sì è che questi non si presumono mai accumulati; imperciocchè si suppone sempre dato quello che è necessario allo stato dell'alimentato e alle sostanze dell'alimentante.

Intanto ritornando al principio generale, la presunzione che il legato fatto colla seconda scrittura abbia tacitamente rivocato il primo non fu dalle leggi romane ristretto alla sola materia degli alimenti, ma fu ridotta ad una regola generale comune ad ogni specie di legato. Di fatti è ripetuta nella legge 20 D. de instruet. vel instr. leg. *Sejae ex parte heredi institutae, si heres erit, fundos per praeceptionem dederat instructos cum suis villis et reliquis colonorum, et codicillis ita scripsit: « po-*

stea mihi venit in mentem: Sejae fundos, quos reliqui, ita ut sunt instructi rustico instrumento, supellectile, pecore et villis, cum reliquis colonorum et apotheca habere volo »: Quaesitum est an etiam ea quae patrisfamilias usus quotidiani causa in fundis fuerunt, legato continerentur? Respondit: testamento quidem, ut proponeretur, Sejae insuper fundum legatum: verum non amplius deberi, quam in codicillis (quos sane post oblivionem testamentariae scripturae fecisset) instructi appellatione contineri vel se manifesto ostendisset.

La stessa massima è stabilita dalle leggi romane come una presunzione della revocazione de' legati: *Testamento ita scripserat: Titio affini meo quidquid mihi quacumque ex causa debebat, remitti volo; eoque amplius decem do. Codicillis ita scripsit: Titio hoc amplius affini et debitori meo usuram pecuniae quam mihi debebat, ab herede meo donec advixerit. Quod si exigere ultra voluntatem meam putaverit, ejus sortis usuram eidem Titio ab heredibus meis donec civit, praestari volo. Quaesitum est, cum augendi potius, quam minuendi testator voluntatem habuerit, an heredes ex causa fideicommissi Titio teneantur, ut eum omni debito liberent? Respondit: Secundum ea quae proponerentur, videri minutum legatum quod primo dederat* (3). Da questa legge e da quelle di sopra riportate ricava il dottissimo Pothier la regola generale: *Si codicillis alieni adscribatur pars ejus quod ei testamento relictum erat, hinc colligitur superflui adimendi voluntas* (4).

La giurisprudenza francese non si è mai da questi principi dipartita, nè prima nè dopo della pubblicazione del nuovo codice civile.

Trovasi nella collezione d'Auzanet una decisione de' 7 agosto 1613, pronunziata sulla norma dell'articolo 41 della consuetudine della Roccella num. 92, e giustifica l'opinione di Valin nel commento alla detta consuetudine. È stabilita ivi la mas-

(1) Brunemann. Comment. in Pandect. lib. 34 tit. 1 ad leg. 18.

(2) Peckius ad regulam. XXXIV generi per speciem derogatur.

(3) L. 28 §. 5 D. de liberat. leg.

(4) Pothier lib. 34 Pandect. tit. 4 de alim. vel transf. leg. num. XI.

sima, che il legato fatto in un secondo testamento a prò di una stessa persona alla quale erasene sotto un altro maggiore con un precedente testamento, rievoca di pieno diritto il primo (1).

Un secondo esempio si ha dal testamento del marchese di Pont-Chavigny. Costui legò a Battista Fleurot 120 lire di pensione vitalizia sotto la condizione, *se nel tempo della mia morte trovassi al mio servizio*. Fece indi un testamento a cui antepose il titolo: *Supplimento al mio testamento e primo codicillo depositato*. In questo codicillo scrisse: *Ratifico la mia prima volontà: il presente è in continuazione ed annesso alla medesima. Avendo riflettuto che da circa anni trenta Ranieri mio cocchiere è al mio servizio, col presente gli ho creato e dato la rendita vitalizia di 400 lire. A Pillier e a sua moglie, ed all'ultimo di loro che morrà, la pensione vitalizia di 100 lire. E a tutti domestici che sono presentemente al mio servizio, o che mi avran servito per tre anni, il valore dei loro salari in rendite vitalizie, se saranno in mia casa nel tempo della mia morte*.

Per virtù della seconda disposizione Fleurot era manifestamente chiamato ad un legato di 150 lire di rendita vitalizia, valore del salario che lasciavagli il testatore. Ma questa seconda disposizione rievocava la prima, colla quale erasi dato allo stesso Fleurot una rendita vitalizia di 120 lire? La legataria universale sostiene l'affermativa; ma una sentenza de' 24 marzo 1779 la condannò a pagare i due legati dal giorno della morte del testatore. In grado di appello prodotto dalla stessa legataria, Fleurot cercò dimostrare essero evidente la volontà del suo defunto padrone, il quale aveva voluto manifestargli il suo particolare affetto. Disse averlo sempre assistito di giorno e di notte nell' infermità della quale si morì, e che durò per ben diciotto mesi. Aggiunse che il padrone non cessava mai di dire a se e a' suoi compagni: *miei amici non mi abbandonate, vi ricompenserò bene, nulla vi mancherà*, espressioni,

diceva Fleurot, le quali manifestano un animo riconoscente; e però ne conchiudeva che l'intenzione del padrone era stata di dargli l'uno e l'altro legato. La legataria universale per l'opposito sostiene, che la volontà del testatore doveva ricavarli dal codicillo, nel quale erano stati espressamente nominati quei servitori che il testatore volle gratificare con doppio favore. Una decisione de' 31 agosto 1799 rievocò la sentenza de' primi giudici, e dichiarò non esser dovuto a Fleurot se non il secondo legato scritto nel codicillo.

Merlin, il quale riporta gli enunciati esempi, dà come regola della tacita rievocazione del primo legato il caso, in cui il testatore legò a taluno una parte di ciò che aveva legato con un testamento precedente, e fonda una tale opinione non meno sulla legge 20 D. de instrum. vel instrum. leg. e sulla legge 23 §. 5 de liberat. leg., che sull'autorità delle cose giudicate da' tribunali francesi (2).

I nuovi scrittori del diritto francese, comechè abbiano avuto innanzi agli occhi la disposizione dell'articolo 1036 del codice civile (991 LL. CC.), riconoscono ciò non ostante come vera ed immutabile la suddetta regola d'interpretazione. Toullier, nella esposizione del diritto francese, prevede e risolve allo stesso modo l'anzidetta questione: « Ma se nel secondo testamento io non lego più a Tizio se non una parte di ciò che gli aveva legato nel primo, il legato della parte maggiore è tacitamente rievocato, perchè l'ultima disposizione è contraria alla prima (3). Se dopo aver legato al mio debitore la somma che mi doveva, io dichiaro con un secondo testamento che gli rimetto tutti gl'interessi che mi dovrà insino al giorno della mia morte, s'intende ch'io abbia rievocato il primo legato (4). V'ha contrarietà tra due legati. *Novissima scriptura valet* (5) ».

Oltre gli argomenti p' quali si è dimostrato che il legato della parte rievoca di diritto quello del tutto, bisogna porre

(1) Auzanet lib. 1 Cap. 76.

(2) Merlin Répertoire de Jurisprudence, révocation de leg. §. II num 11.

(3) L. 20 de instrum. vel instrum. leg.

(4) L. 28. §. 5. D. de liberat. leg.

(5) Toullier lib. III tit. II donations et testaments Cap. V. num. 641. 642.

mente ancora se fosse mai avvenuta la traslazione, che era uno de' modi pe' quali toglievasi il legato. Questo modo potevasi verificare o mutando la persona di colui che dovesse prestare il legato, o mutando la causa per la quale era il primo legato dovuto. Entrambi questi casi sono scritti in due luoghi dell' antico diritto: *Sed si id quod a Titio dedi, a Maevio dem, quamvis soleant esse duo ejusdem rei debitorum, tamen verius est hoc casu ademptum esse legatum. Nam quum dico: quod Titium dare damnavi, Sejus damnas esto dare; videor dicere ne Titius det* (1). L'altro caso è: *Si tibi certam rem legavero et rogavero te ut eam Titio restitueres: deinde eandem rem tibi fideicommisero, nec rogavero te ut alii eam praestares; quaeritur an in tua potestate sit, ex causa fideicommissi eligere, ut fideicommissum non praestes? Et magis posteriorem scripturam testamenti placuit spectari* (2). In uno di questi casi dunque non potrebbe il legatario ripetere dalla prima erede il legato precedentemente fatto per la regola: *Videtur dixisse ne Titius det*; nè potrebbe ripeterlo dalla seconda erede per l'altra regola: *posteriorem scripturam testamenti placuit spectari*.

Gli esposti principi di diritto possono essere nella generalità applicati a quella specie di legati, i quali sono stati fatti come una conseguenza d'un legato mag-

giore, per modo che rivotato il legato principale, debbano intendersi rivotati anche gli accessori, che da quello dipendono. Il Cardinal de Luca risponde alla quistione: *An per ademptionem legati facti uni personae, ademptum quoque censetur legatum consecutive et dependenter factum alteri?* È notabile tra l'intero suo discorso la seguente conclusione: *Ex pluribus itaque credebam istud legatum non deberi, atque venire sub dicta ademptione. Primo nempe a simili ex iis quae habentur sub titulo de fideicommissis discursu 109 et decisione 49 parte 13 recent., ubi concordantes super cessatione vel resolutione substitutionum dependentium et consecutivarum ab altera, quae adempta sit, vel caduca, quasi quod ita alimento principalem dispositionem, crediderit testator ademisae quoque istam dependentem et consecutivam* (3). E nel discorso 109 di sopra citato, al quale egli si riferisce, esamina quali sieno le disposizioni connesse e dipendenti l'una dall'altra, e conchiude coll'autorità di Mantica e di altri rinomati scrittori per la loro critica nella interpretazione della volontà, doversi avere per connesso e dipendente non solamente quello che è congiunto pe' naturali legamenti del discorso, ma anche ciò che apparisce essere stata una conseguenza del concetto e della individua volontà del testatore (4).

II.

Le cose sin qua dette dimostrano a bastanza che il diritto nuovo non ha distrutto le regole d'interpretazione delle ultime volontà, nè ha rivotato la massima che il secondo testamento prevale al primo; ma ha solamente mutato quel principio del diritto romano, cioè che due istituzioni universali non possono insieme esistere. Laonde se il testatore non abbia rivotato la prima, e se l'una non sia coll'altra incompatibile, entrambe reggono, come se avesse egli voluto aver due eredi in vece d'un solo. Ma la rivocezione può esse-

re espressa o tacita, e nel desumere la tacita non è ragione che vieti l'indagare quale sia stata la volontà del defunto. Nel quale articolo gioverà aver presente l'autorità de' comentatori francesi, i quali perchè sieno bene intesi, è necessario distinguere due casi, cioè la rivocezione tacita o espressa del primo testamento, e l'incompatibilità delle due disposizioni.

Quanto alla prima, Delvincourt nella esposizione dell'articolo 1036 (991) assume la stessa distinzione da noi fatta per dichiarare il senso delle leggi nuove.

(1) *L. 6 §. 1 D. de adim. vel transfer. leg.*

(2) *L. 28 D. de adim. vel transf. leg.*

(3) *Card. de Luca de legatis disc. 62 num. 4.*

(4) *Discorso 109 de fideicomm. n. 5.*

« *Quid*, se due persone sono state istituite legatari universali con due diversi testamenti? Bisogna prima di tutto consultare l'intenzione del testatore. Se non si possa quella scoprire, credo che il primo legato sia revocato. Non è già che sia impossibile che vi sieno due legatari insieme; per contrario l'articolo 1036 formalmente il presuppone. Ma credo che bisogna intendere questo articolo pel caso in cui sieno stati entrambi istituiti col medesimo testamento. In fatti è nella natura delle cose che non vi sia se non un solo legatario universale. Quando il testatore ne abbia istituito due con un medesimo testamento ha egli in tal caso manifestato l'intenzione di dividere il beneficio del legato tra due persone con diritto d'accrescere. Ma quando gli abbia separatamente istituiti con due atti distinti, non vi ha più la volontà espressa, e si rientra nella regola naturale della quale abbiamo già parlato, e giusta la quale non può riconoscersi in generale, se non un solo legatario universale.

« Sarebbe lo stesso se uno de' due testamenti contenesse un legato universale, e l'altro un legato a titolo universale? Credo che bisognerebbe distinguere: se il legato universale fosse contenuto nel primo testamento, sarebbe diminuito dalla quota attribuita al secondo nel legato a titolo universale. Ma se il legato universale fosse nel secondo testamento, credo che si dovrebbe riguardare come annullato il legato a titolo universale; e ciò per le stesse ragioni esposte a rispetto del caso precedente. È possibile, ma non è solito, che si faccia ad un tempo stesso un legatario universale ed un altro legatario a titolo universale (1). »

Gli esposti principi non possono esser distrutti dagli esempi de' casi particolari, ne quali i tribunali per presunzioni ricavate dalla volontà del testatore hanno dato effetto a due diverse e successive disposizioni. Le differenti volontà, e le diverse interpretazioni di quelle non distruggono le regole, ma ne fanno variar l'applicazione. Tale è il caso d'una decisione della Corte di appello di Grenoble, riportata da Sirey, tra *Martin e Beard*. Beard

aveva fatto quattro testamenti, in ciascuno de' quali aveva revocato il precedente. Nel secondo di quelli aveva fatto un legato di diecimila lire a l'ippina sua nipote. Col terzo aveva revocato il secondo. Col quarto revocò il terzo e lasciò alla stessa nipote un legato di altre lire scimila da pagarsi dopo la morte dell'erede. La Corte si convinse che la revocazione del terzo restituiva la forza al secondo, che i due legati da pagarsi in tempi differenti erano due distinte liberalità, e che le forze della eredità potevano sopportare sì l'una che l'altra (2). Ora gli stessi motivi di questo ragionamento confermano i principi di sopra esposti. Se l'espressa revocazione non avesse derogato alla tacita; se i due legati non fossero stati di diversa natura; e se lo stato della eredità non avesse ridotto nè possibile nè verisimile il pagamento de' due legati insieme, è manifesto che avrebbe la Corte in contrario senso deciso.

Quanto alla incompatibilità, si verifica questa quando di due disposizioni o sia impossibile la esecuzione dell'una e dell'altra insieme, o quando lo scopo della seconda sia contrariato da quello della prima. Se taluno abbia fatto un testamento, e dopo abbia fatto una istituzione contrattuale universale, il primo testamento è revocato, perchè il testatore aveva interdetto a se stesso il diritto di disporre a titolo gratuito. Se talun altro in due diversi testamenti abbia istituito due legatari universali coll' animo di gratificare ciascuno dell' intero beneficio della sua eredità, il secondo testamento revoca il primo, perchè l'affetto dimostrato colla seconda volontà è in opposizione colla prima. Similmente se in vece del fondo Corneliano legato a Tizio nel primo testamento, gli sieno stati legati nel secondo cento scudi, si presume revocato il primo legato per la diversa misura di liberalità e quili di affezione che il testatore ha dimostrato. Cotesta presunzione è ricavata dalla legge 6. D. de adim. leg. Si *pro fundo decem legentur, quidam putant non esse ademptum prius legatum, sed verius est ademptum esse. Novissimam voluntas servatur*. Toullier comentando

(1) *Delvincourt all'articolo 1036.*

(2) *Sirey Anno II. P. II. pag. 20.*

l'anzidetto luogo del diritto romano lo mentova come uno de' casi d'incompatibilità preveduti dall'articolo 1036 del codice civile (991 LL. CC.): « Se dopo aver legato il fondo Corneliano a Tizio, dice Toullier, in un primo testamento, io gli legghì nel secondo cento scudi, il primo legato è tacitamente rievocato: giacchè v'ha contrarietà tra le due liberalità, ed è l'ultima volontà del testatore che bisogna osservare. Si potrebbe dire non essere contrarietà tra questo due liberalità, le quali possono reggero l'una e l'altra insieme; dappoichè il testatore poteva dare a Tizio tanto il fondo Corneliano, quanto i cento scudi. Ma non si presume che il testatore abbia voluto accumulare due liberalità, quando non l'abbia spiegato. Si presume piuttosto che abbia vo-

luto sostituire la seconda alla prima (1) ».

Riassumendo dunque le cose dette si vuol concludere: che il legato d'una sommaminore fatto con una seconda scrittura rievoca tacitamente quello di somma maggiore scritto nel testamento precodente: che quando col secondo testamento sia stata rievocata la disposizione principale, deeasi necessariamente presumere rievocata anche l'accessoria: e che la disposizione del secondo testamento è incompatibile con quella del primo, quando dal tenore delle due disposizioni, comparata l'una all'altra, nasce l'impossibilità della esecuzione de' due testamenti, e chiaramente risulta che lo scopo dell'affezione manifestata nel primo sia distrutto dal secondo.

(1) *Toullier lib. III. tit. II. donations et testaments cap. V des dispositions te-*

stamentaires num. 613.

CONSULTAZIONE (XII.)

QUANDO DUE STRANIERI POSSANO ESSER GIUDICATI
DA' TRIBUNALI DEL REGNO.

Interrogati per le verità se, avendo uno straniero citato un altro straniero innanzi a' tribunali del regno, abbia per questo solo fatto determinato la competenza dei nostri tribunali, rispondiamo che la so-

luzione della quistione ci è sembrata dipendere dalla disamina di un altro quesito se, l'articolo 13 delle nostre leggi civili ha ampliato o ristretto la disposizione dell'articolo 14 del codice francese.

1.

La giurisdizione de' magistrati, riguardata come uno de' diritti del Principato e come una potestà delegata dal Sovrano non può certamente spaziarsi tra confini più estesi di quelli della stessa Sovranità. Ora abbracciando questa i beni tutti del proprio territorio e le persone de' sudditi, è manifesto che questi e non altri sieno i confini naturali e comuni del potere giudiziale. Ciò non ostante possono coloro che nati non sono sudditi d'un Sovrano, divenir tali per un fatto loro proprio. Qual è dunque il fatto che può rendere lo straniero soggetto ad una giurisdizione diversa da quella della sua patria? Non ve n'ha altro del consenso implicito o nella scelta del domicilio, o in atto che importi una volontaria sommissione alle leggi d'un alieno territorio.

La medesima verità si ricava per un argomento indiretto, dalla natura e dall'ufficio del magistrato. Imperciocchè la giurisdizione è un composto della facoltà di applicar le leggi generali a' casi particolari, e di far eseguire l'applicazione fattane. Ora comè potrebbe applicarsi allo straniero una legge non obbligatoria per lui, o come si farebbe quella eseguire contra a' beni, a' quali non può estendersi la mano di colui che pronunzia? Sono queste le due parti della giurisdizione, che i romani distinguevano co' nomi *notio et imperium*, e che costituivano il *misto imperio*, vocabolo proprio e privativo

della potestà de' magistrati. Quindi le stesse leggi romane stabilirono due regole, le quali dimostrano la necessaria congiunzione di entrambi gli anzidetti requisiti: l'una, cui *jurisdictio data est, ea quae concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potuit* (1); l'altra, *contemni non patitur, qui jus reddat* (2). Sopra queste massime è fondato il detto de' nostri giureconsulti: *jurisdictio inhaeret, cohaeret et adhaeret imperio*.

Premessa la necessaria aderenza della giurisdizione all'imperio è ugualmente manifesto, che di questi due requisiti l'uno non può essere dall'altro scompagnato, senza offendere uno de' due principi costitutivi della potestà giudiziale. Imperciocchè se un giudice pronunciasse contra uno straniero, che può impunemente disobbedirgli mancherebbe alla propria dignità, e viceversa se per la sola ragione che lo straniero possiede beni nel territorio, gli applicasse una legge alla quale non si è questi sottomesso, sarebbe cosa illegale ed arbitraria, la quale sarebbe contraria a' principi del diritto delle genti, e darebbe luogo a' ripresaglie ed a politiche dissenzioni. Difatti uno scrittore classico della moderna giurisprudenza osserva in proposito del presente argomento. « Se ogni Sovrano si attribuisse il diritto di giudicare gli stranieri, bisognerebbe necessariamente che l'opinione al-

(1) L. 2 D. de Jurisdiet.

(2) L. 19 de off. prass.

meno stabilisse un ordine di competenza nella giurisdizione de' Sovrani. Ma come stabilire quest'ordine in un modo preciso se dovesse servire d'unica regola l'opinione, la quale ha sempre qualche cosa di vago e d'incerto? Allorchè sorgono controversie di competenza tra' tribunali d'un medesimo stato, v'ha sempre un'autorità superiore a tutte le altre, la quale la termina per le vie giudiziali e pacifiche. Ma se nascessero simiglianti controversie fra tribunali di differenti nazioni, qual tribunale superiore potrebbe essere il giudice delle loro pretensioni? » (1). Ora dalla discussione de' principj del diritto delle genti, da' trattati diplomatici, e dalla esperienza stessa delle nazioni è nata una regola, la quale non è incerta come l'opinione, ma è stata ricavata dalla uguaglianza de' diritti e dalla reciprocazione degli uffizi, che de' essere tra le diverse sovranità. Si sono definiti i fatti da' quali risulta il consenso o sia la volontaria acquiescenza degli stranieri alle leggi d'un alieno territorio. Di questi fatti parla l'articolo XIV del codice francese, che è il XV delle nostre leggi civili.

Art. XIV C.F. — Lo straniero anche non residente nel regno potrà citarsi avanti i tribunali italiani per la esecuzione delle obbligazioni da lui contratte con un italiano nello stato italiano; potrà parimente essere chiamato avanti i tribunali italiani per le obbligazioni da lui contratte in paese straniero con un italiano ».

Art. XV LL. CC. — Lo straniero anche non residente nel regno potrà essere citato avanti i tribunali nazionali per l'esecuzione delle obbligazioni da lui contratte nel regno; potrà parimente esser chiamato avanti i tribunali nazionali per le obbligazioni da lui contratte in paese straniero con un nazionale; purchè gli effetti del giudicato possano eseguirsi nel regno ».

In materia civile i fatti che contengono sommissione alle leggi del territorio sono le obbligazioni contratte con un suddito sia nel territorio stesso, sia in un altro estero paese. Che la persona del suddito sia la condizione che determina la giurisdizione del giudice proprio di costui, il

dimostrano la ragione della legge, e la storia della discussione che ce ne hanno tramandato gli scrittori francesi. La ragione è che nel caso di un contratto tra un suddito ed un estero v'ha una perfetta parità di diritto, che rende competente il giudice dell'uno e dell'altro territorio: quindi quello de' due che ha il mezzo di rendere efficace l'obbligazione, chiama innanzi di se l'altro: cotesta ragione è una conseguenza della naturale protezione che il Sovrano concede a' beni e a' diritti de' propri sudditi: la stessa ragione non offende la giurisdizione dell'altro, perchè essendo reciproca, può lo straniero fare altrettanto quando si trovi nello stesso caso del suddito. La storia della discussione di questo motivo innanzi al consiglio di stato di Francia conferma una tal verità, anzi le dà maggiore risalto per l'esempio contrapposto di una obbligazione contratta tra due esteri: « Dopo la lettura dell'articolo VIII del progetto, divenuto per la compilazione definitiva il XIV del Codice, Cambacérès dice esser necessario l'aggiungere a questo articolo una disposizione per gli stranieri, i quali avendo causa tra loro consentano di litigare innanzi ad un tribunale francese. Defermont richiama l'eccezione proposta da Cambacérès per gli stranieri, i quali avendo causa l'uno contra l'altro, consentano di litigare innanzi ad un tribunale francese; considera questo consenso come proprio a stabilire un arbitramento, il quale de' avere il suo effetto; domanda se uno straniero possa citare innanzi ad un tribunale francese un altro straniero, il quale abbia contratto con lui un debito pagabile in Francia. Tronchet risponde che il principio è che l'attore de' introdurre la sua azione innanzi al giudice del reo convenuto; che ciò non ostante nella ipotesi proposta, il tribunale avrebbe il diritto di giudicare, se la sua competenza non fosse declinata. Defermont osserva che il rifiutare agli stranieri il soccorso de' tribunali per esercitare i loro diritti verso i negozianti esteri, coi quali hanno trattato, sarebbe lo stesso che allontanare gli stranieri dalle fiere francesi. Réal risponde che in questo caso

(1) Merlin art. *Souveraineté* §. 5.

i-tribunali di commercio pronunziano. Tronchet aggiunge che la natura delle obbligazioni contratte nelle fiere toglie allo straniero, reo convenuto, il diritto di declinare la giurisdizione de' tribunali francesi. Ma l'articolo in discussione non pregiudica affatto a tal principio: è interamente positivo, e non si può da quello trarre conseguenza negativa, non statuisse se non la maniera di decidere le controversie tra un francese ed uno straniero, e non si occupa delle cause tra stranieri » (1).

Dalla discussione sin qua riferita ricava Merlin le tre seguenti conseguenze: « La prima che gli stranieri possano pe' debiti ordinari, che si sono obbligati di pagare in Francia ad altri stranieri, riconoscere volontariamente i tribunali francesi, i quali prendono in questo caso a rispetto loro il carattere di arbitri: La seconda, che uno de' due stranieri, i quali hanno insieme contrattato sia in Francia sia all'estero, venendo a declinare i tribunali francesi, la regola vuole che sia rimandato al giudice del proprio domicilio: La terza, che questa regola ammette una eccezione a rispetto de' contratti fatti nelle fiere (2). Coerentemente a tali conseguenze lo stesso autore riguardando la questione della competenza de' tribunali francesi a rispetto degli stranieri come un effetto della Sovranità, di cui è una emanazione, stabilisce come regola la seguente proposizione: « La regola generale è, che due stranieri i quali hanno contrattato in Francia non possono scambievolmente citarsi innanzi a' tribunali francesi (3) ».

Ma dalle citate autorità si ricava una conseguenza più generale e più importante ancora per la presente questione, cioè che giusta il diritto francese il luogo del contratto o del pagamento convenuto non è più una sorgente di competenza siccome era nell'antico diritto. La legge 19 D. de *judiciis* stabiliva: *Eum qui ita fuit obligatus ut in Italia solveret si in provincia habuit domicilium, utrobique posse conveniri, et hic et ibi.* « Ma, ripiglia Merlin, questa disposizione del di-

ritto romano è in vigore tra noi? Tutti i nostri autori dicono di no; Imbert nel suo *Enchiridien* lett. B. alle parole *diversità di beni*; Baquet nel suo *traité de' diritti di giustizia* cap. 8 n. 9; Mornac alla legge 19 D. de *judiciis*, e Boullenois tom. 1. pag. 607, non hanno intorno a ciò se non una medesima opinione. Il codice francese non ha modificato la loro dottrina se non in due punti: nel primo decidendo nell'art. XIV che lo straniero anche non residente in Francia potrà citarsi avanti i tribunali francesi per l'esecuzione delle obbligazioni da lui contratte in paese straniero co' francesi; nel secondo, dichiarando nell'articolo 111 che quando le parti o una di esse in un atto, o per esecuzione del medesimo abbiano eletto il domicilio in un luogo diverso da quello del loro domicilio reale, le citazioni, le dimande, e i procedimenti relativi a quest'atto si potranno fare al domicilio convenuto ed avanti al giudice del medesimo domicilio. Certamente volere che in questi due casi solamente il luogo del contratto sia preso in considerazione per determinare la competenza de' tribunali, è lo stesso che riconoscere che in ogni altro caso la competenza dei tribunali è indipendente dal luogo dove il contratto è stato fatto (4).

E qui giova avvertire che la disposizione dell'articolo 111 (116) modifica la competenza relativa, e non l'assoluta; o sia riguarda il caso in cui entrambi i contraenti sieno soggetti alla giurisdizione dello stesso Sovrano, e rinunziano per virtù della obbligazione a quella competenza personale, che è un beneficio delle leggi civili. Imperciocchè il titolo del domicilio non solamente è una parte del diritto privato, il quale non può derogare alle disposizioni del diritto pubblico o delle nazioni, ma presuppone idee relative ai cittadini d'un medesimo stato e non agli stranieri, le leggi de' quali potrebbero non riconoscere le stesse distinzioni di domicilio reale o elettivo. E per verità se l'articolo 111 potesse essere applicato agli stranieri non vi sarebbe ragione perchè l'elezione del domicilio dovesse avere

(1) *Conférence du Code civil* art. 14.

(2) *Merlin Répert.* art. *Etranger* §. 2.

(3) *Merlin art. Souveraineté* §. 3.

(4) *Merlin art. Etranger* §. 2.

un effetto maggiore del luogo del pagamento, o del luogo del contratto. La questione è di trovare il vindice dell' obbligazione, e non di sapere in qual luogo debba essere adempiuta.

In conferma di che vale anche un argomento ricavato dall' articolo XIII del codice francese, il quale corrisponde al numero 2. dell' articolo IX delle nostre leggi civili. L'esercizio de' diritti civili o politici è concesso non a tutti gli stranieri in generale, ma a quelli soli i quali sono ammessi dal governo a stabilire il loro domicilio nel regno, e per quel tempo che continueranno a risiedervi. Ora che varrebbe l'elezione fatta da uno straniero, che per una legge pubblica dello Stato non può acquistare il domicilio senza la permissione del Governo? Se gli stranieri non domiciliati legalmente nel regno potessero sceglierlo per private convenzioni, troverebbero un modo di eludere la legge e godere in dispregio della medesima d' una parte de' diritti civili, tra' quali è certamente l'uso delle azioni o de' giudizi. Ciò tanto è vero, quanto si è fatta distinzione in Francia tra gli stranieri legalmente domiciliati, o gli stranieri semplicemente dimoranti. Sirey in una dissertazione di cui l'argomento è, *se i tribunali francesi sono competenti per giudicare le controversie tra gli stranieri*, pone l'anzidetta distinzione: « Se si considera ciò che la legislazione francese offre di certo intorno all'articolo della competenza della quale trattiamo, vedesi a prima vista che bisogna fare una distinzione tra gli stranieri, i quali sono stati ammessi dal Governo a stabilire il

domicilio loro in Francia, e quelli che non sono stati ammessi a stabilirvelo, comechè vi sieno domiciliati. I primi godono di tutti i diritti civili insino a che continuano a risiedervi; possono per conseguente citare i secondi innanzi a' tribunali francesi, e vicendevolmente possono essere da questi citati innanzi agli stessi tribunali. A rispetto de' secondi la legge non dà loro il godimento de' diritti civili, dal che segue, che se questi introducono azioni contra altri stranieri, i quali non sono come essi ammessi dal Governo a stabilire il domicilio loro in Francia, non sono i tribunali obbligati di riceverli (1) ». Per la qual cosa è manifesto che l'articolo 111 concerno la competenza personale de' sudditi d'uno stesso Sovrano, e non l'assoluta territoriale, la quale si regola pe' principi del diritto pubblico, o non del privato.

Ma se anche potesse disputarsi degli effetti della elezione del domicilio fatta tra due stranieri non legalmente domiciliati, è cosa evidente che è diverso dal precedente il caso in cui uno de' due stranieri abbia non già eletto domicilio, ma designato un paese estero come luogo di pagamento. In questo caso tanto vale il luogo del contratto, quanto quello del pagamento. Secondo la legge 19 D. de' *judiciis* questa designazione di luogo avrebbe importato elezione di domicilio; laddove ora, avendo le nuove leggi derogato alla regola che il luogo del contratto e del pagamento determinano la competenza del giudice, sì l'una che l'altra circostanza divengono affatto indifferenti alla controversia.

II.

Tutti gli esposti principi cioè che la facoltà di citare lo straniero sia un privilegio personale del suddito, che di questo privilegio possa godere il solo straniero legalmente domiciliato, che il luogo del pagamento non costituisca elezione di domicilio, e che tra gli stranieri valga la regola comune *actor sequitur forum rei*, tutti gli esposti principi dico so-

no illustrati da altrettanti esempi di cose giudicate da' tribunali francesi.

1. Due francesi domiciliati in Milano avvisaronsi di citare innanzi al tribunale di commercio di Parigi un milanese loro debitore, ed invocarono il favore dell'articolo XIV del codice civile. Il milanese oppose non potersi i francesi giovare della disposizione del citato articolo, perchè

(1) Sirey t. XI p. II. pag. 75.

entrambi domiciliati all'estero. Il tribunale di commercio francese se l'ragione ad una talo obbiezione, perchè il vero fine della legge è che i propri sudditi non sieno privati del loro giudice naturale, e costretti di abbandonare il loro domicilio naturale per correre innanzi a giudici stranieri; e siccome per questi soli motivi ha la legge derogato alla massima *actor sequitur forum rei*, così avendo gli attori scelto un altro domicilio, doveva intendersi cessato il favore della legge stessa. Di questa sentenza essendosi appellato, la Corte di Parigi rigettò l'appello con decisione de' 28 di febbrajo 1814, la quale in brevi detti fece plauso al ragionamento de' primi giudici. « Attesochè è dimostrato che i due attori qualunque francesi, erano nel tempo della loro dimanda domiciliati in Italia, e che per quel tempo non possono chiedere l'applicazione dell'articolo XIV del codice civile, rigetta l'appello (1) ». Ora è manifesto che se un suddito non domiciliato nel regno non potrebbe giovare dell'articolo XV delle nostre leggi civili, tanto meno potrebbe pretendere uno straniero nè domiciliato nè residente nel regno.

2. In due decisioni uno de' 30 maggio 1807, l'altro de' 24 marzo 1817 la Corte di appello di Parigi ha stabilito la massima che il domicilio d'uno straniero in Francia è la sola ragione che lo rende capace di citare un altro straniero innanzi i tribunali francesi, attesa la concordanza degli articoli XIII e XIV del codice civile (2).

3. Merlin dopo l'esposizione de' principi detti di sopra, e dopo molti esempi di decisioni profferite dagli antichi e da nuovi tribunali francesi a rispetto della competenza nelle cause tra gli stranieri, riporta la decisione della Corte di appello e della Corte di cassazione di Parigi nella causa tra due americani, come il risultamento della giurisprudenza ricevuta in Francia intorno alla giurisdizione de' tribunali francesi nella cause degli esteri.

Questi due americani, uno Console, l'altro cancelliere degli Stati Uniti di America a Parigi avevano fatto una con-

venzione, per la quale regolarono la distribuzione de' proventi che avrebbero riscosso da comuni speculazioni in Francia. Il tribunale di commercio di Parigi avendo risguardato questa convenzione come un atto di commercio, dichiarossi competente ed ordinò che ciascuna delle due parti avesse nominato un arbitro per l'esame del conto della società; la Corte di appello per l'opposito rinvocò la sentenza del tribunale di commercio dietro le seguenti considerazioni.

« Attesochè trattasi della esecuzione di un contratto fatto tra due cittadini degli Stati Uniti d'America, scritto in carta libera, in lingua inglese e nelle forme del proprio paese; attesochè secondo il diritto comune e giusta l'intenzione delle parti una simile controversia non può avere altri giudici se non i rappresentanti degli americani in Francia, o i tribunali della loro nazione; faccodo diritto all'appello dichiara essere stato male ed incompetentemente giudicate colla sentenza del tribunale di commercio, la quale ha negato la declinatoria, ed ha giudicato nel merito. Emendando la suddetta sentenza la dichiara nulla; e quanto alla quistion principale, avendo riguardo alla declinatoria, rimanda l'appellante a provvedersi innanzi a chi di diritto, e lo condanna alle spese della causa in prima istanza ed in appello ». Cotesta decisione fu impugnata con ricorso per cassazione fondato sopra quattro motivi: 1.º per avere invaso la giurisdizione della Corte di cassazione: 2.º per aver denegato la giustizia: 3.º per aver violato la legge del contratto: 4.º per avere attentato contro alla sovranità francese. Ma la Corte di cassazione sulle uniformi conclusioni dello stesso procurator generale Merlin, e sul rapporto del consigliere Sieyes con decisione de' 22 gennaio 1806 pronunziò come seguiva.

« Attesochè la Corte di appello non ha attentato contro l'autorità della Corte di cassazione, ed ha fatto uso delle facoltà datele dalla legge, statuendo sulla proposta declinatoria; attesochè non ha commesso denegazione di giustizia, riman-

(1) *Sirey T. XLV P. II pag. 362.*

(2) *Sirey T. VIII P. II pag. 211 e*

T. XVIII P. II pag. 3.

dando le parti innanzi a' loro legittimi giudici, perchè essendo entrambi stranieri non domiciliati in Francia, le quali sono in giudizio per un'azione personale, e non per fatto di commercio, la Corte ha pronunziato uniformemente alla massima, *actor sequitur forum rei*; atteso che i contraenti non si erano sottoposti alla giurisdizione de' tribunali francesi, e se dopo nata tra loro la controversia erasi proposto di nominare gli arbitri, il compromesso non fu mandato ad effetto; atteso che il principio di reciprocazione invocato non è applicabile alla specie presente, non avendo i trattati nulla statuito intorno a ciò; e finalmente atteso che la decisione non ha contravvenuto ad alcuna legge, rigetta ec. (1).

Se tutte le cose sin qua dette non fossero bastevoli a dimostrare chiaramente i principi i quali distinguono la giurisdizione de' tribunali di ciascuna monarchia a rispetto de' sudditi delle altre, un salutare consiglio d'uno scrittore della stessa materia dimostrerebbe certamente quali sieno le regole della prudenza e della indifferenza da farsi valere ne' casi dubbi onde non si oltrepassino i limiti della uguaglianza e della reciprocazione, in cui fonti del diritto tra uno Stato e l'altro. « Un uomo saggio, dice Sirey, nella citata dissertazione, non si mescola nelle querele altrui; appena frappone la sua mediazione quando le due parti egualmente la domandano. Perchè una nazione dovrebbe comportarsi con altri principi? A buon conto la giustizia che si vuol rendere agli stranieri è un bene? In questo caso il favore non de' essere usato rigorosamente; è un male? Avrehhesi torto di farla loro sperimentare. Ma per verità passa per un bene ed un male insieme, per un bene nello spirito di colui che vuol essere giudicato, e che vince; per un male nello spirito di colui che propone la declinatoria e che è condannato. In questa alternativa perchè sposare partito tra l'uno e l'altro? »

« Si dirà forse che una nazione non dee soffrire ingiustizie sul proprio territorio? Ma chi assicura che volendosi im-

pedire l'ingiustizia non si autorizzi? specialmente se la questione de' essere giudicata colle leggi straniere, come lusingarsi che magistrati i quali non conoscono queste leggi, o che non le hanno studiate in tutta la loro vita, possano sanamente applicarle? Per altra parte chi sa se la nazione alla quale appartengano gli stranieri, o maggiormente, se le nazioni alle quali appartengono (giacchè possono dipendere da governi diversi) troveranno buono che una nazione straniera si mescoli di giudicarli? Sembrami che sarebbe molto imprudente il chiamarsi sopra la censura d'un estero governo per querele che non ci riguardano. Una nazione non dee soffrire l'ingiustizia! Ma se l'ingiustizia è uno scandalo, chi impedisce l'espulsione degli stranieri? Mi sorprende che nel 1782 il parlamento di Douay avesse voluto giudicare, tra una donna inglese rifuggita in Francia ed un uomo inglese che la seguiva, della validità d'un preteso loro matrimonio fatto in Londra. Dopo una lite spaventevole Luigi XVI rimandò entrambi nel loro paese e fece infine quello che avrebbe dovuto farsi da principio (2).

Comechè questo luogo dello scrittore francese possa essere applicato più nel generale che nel particolare alla presente controversia, pur tuttavia dal medesimo si ricava che la questione della competenza a rispetto degli stranieri presuppone sempre che costoro sieno, non dico presenti, ma legalmente domiciliati nel paese, della cui giurisdizione vogliano servirsi, e che è affatto nuovo l'esempio di un forestiere, il quale non potendo chiamare innanzi a' propri giudici l'altro straniero, cerchi un giudice terzo estraneo ad entrambi piuttosto che adattarsi alla regola, la quale vuole che l'attore segua il foro del reo convenuto. Frattanto acciocchè si raccolga il lume della disdetta, giova ridurre a proposizioni semplici le verità che dalle medesime si ricavano.

1.^o Lo straniero intanto diviene giudicabile da' tribunali del regno, in quanto ha contrattato con un suddito del Re.

(1) Merlin art. *étranger* §. 2.
Sirey T. VI P. 1. pag. 237.

(2) Sirey T. XI P. II. pag. 75.

2.° Il suddito gode di tal favore insino a che conserva il domicilio nel regno.

3.° Lo straniero gode per assimilazione dello stesso favore conceduto al suddito, se sia legalmente domiciliato nel regno.

4.° Siccome lo straniero non può go-

dere d' un favore maggiore del suddito, così sarebbe assurdo che lo pretendesse chi non è nè domiciliato nè residente.

5.° Nè il luogo del contratto, nè quello del pagamento determinano la competenza del giudice.

III.

In favor del commercio trovasi fatta una eccezione a' principi sopra indicati, della quale giova vedere i limiti. L'editto del commercio pubblicato in Francia nel mese di ottobre 1673, riconobbe come una eccezione della regola comune la competenza del luogo della convenzione o del pagamento per le obbligazioni contratte nelle fiere. L'articolo 17 del titolo 12 di quella ordinanza stabilì: « Il creditore potrà far citare a sua scelta il debitore o nel luogo del suo domicilio, o nel luogo in cui la promessa è stata fatta e la mercanzia somministrata, ovvero nel luogo in cui de'esser fatto il pagamento ». L'articolo 1° del titolo 2.° delle ordinanze della marina pubblicate nel 1681 stabilì: « I giudici dell'ammiragliato conosceranno esclusivamente, e tra ogni specie di persone di qualsivoglia qualità sieno anche privilegiati francesi e stranieri tanto attori, quanto rei convenuti di tutto ciò che concerne la costruzione, e gli apparecchi de' bastimenti ». Coteste leggi di eccezioni riguardano le sole obbligazioni concluse nelle fiere, o i contratti marittimi, ovvero tutti gli atti di commercio in generale? È questo un dubbio che tione tuttavia divisa la giurisprudenza francese, e per lo quale non si può pronunziar sentenza certa. Se si prende a consultare gli scrittori fautori del commercio, all'opinione de' quali bisogna più inclinare, dee dirsi che la ragione delle citate leggi sia più ampia delle loro parole. Boullenois nel *trattato degli statuti reali e personali* afferma che i negozianti stranieri hanno in Francia al pari dei francesi la scelta accordata dall'ordinanza del 1673, cioè di convenire i debitori o nel luogo del domicilio di costoro, o nel

luogo in cui la promessa è stata fatta, e la merce somministrata, o nel luogo del pagamento. « Se non avessero questa scelta, soggiunge l'autore, spesso non sarebbero nello stato di ottenere facilmente la giustizia, e di farsi pagare, del che sentirebbe danno il commercio (1) ». Valin nell'aureo commento alla ordinanza della marina adduce come ragione della legge, che « in fatto di commercio tutti gli uomini sono riguardati come se fossero della stessa nazione, nè può il reo convenuto chiedere d'essere rimandato innanzi al giudice della propria nazione, o del proprio domicilio, perchè è la natura della causa quella che stabilisce la giurisdizione, allorchè la giurisdizione stessa è privilegiata (2) ». Cotesta ragione ne contiene in se altre due più generali; una è che il commercio si regola non solamente per le leggi particolari di ciascun governo, ma anche per lo diritto delle genti: l'altra, che il commercio dee essere da tutti i legislatori riguardato come una proprietà generale dello Stato, e per conseguente libera dalle restrizioni proprie del diritto de' privati. La stessa opinione è sostenuta da Merlin, il quale crede incontrastabile che le eccezioni scritte nelle due ordinanze del 1673 e 1681 sieno comuni a tutti gli atti di commercio in generale.

Per l'opposito la discussione fatta nel Consiglio di stato di Francia dell'articolo XIV del codice civile sembra dimostrare che la competenza per ragione del contratto o del luogo del pagamento sia riservata a' soli contratti conclusi nelle fiere. In conferma della quale opinione può anche citarsi l'autorità di Rouselin sulla competenza de' tribunali, e quella dello stesso Sirey, i quali sostengono che

(1) T. I. pag. 608.

(2) *Nouveau commentaire sur l'ordon-*

nance de la marine du mois d'août 1681
l. 1. tit. I. art. 1.

essendo state le disposizioni delle antiche ordinanze rivate dalle leggi del 1790 e 1791, non sia alcuna legge che differenzii le obbligazioni civili dalle commerciali a rispetto della competenza delle cause tra gli stranieri (1).

Ma se fossimo noi costretti di pronunciare una opinione in mezzo a tante autorità, non esiteremmo di attenerci alla prima piuttosto che alla seconda. Da una parte la solidità delle ragioni che si allegano in favor del commercio, e dall'altra non meno l'esempio delle cose giudicate in Francia che la somma autorità degli scrittori di sopra citati rendono a nostro credere più sicura la sentenza che gli atti di commercio determinino per loro stessi la competenza de' giudici del luogo. Contesta conclusione non pertanto esige una dichiarazione, la quale ne spieghi la ragione e i limiti. La competenza in questi casi può essere anche personale o reale. Una casa di commercio legalmente stabilita all'estero può essere citata e può citare lo straniero innanzi al giudice della propria residenza, dappoichè gode de' diritti civili giusta l'articolo XIII del codice francese. In questo caso la competenza nasce interamente dalla qualità della

persona. Può in altro caso lo straniero obbligarsi con una promessa commerciale di consegnare in un dato luogo la merce, e di pagarne il prezzo, ed allora la competenza de' giudici stessi del luogo dove è stato promesso l'adempimento nasce dalla natura della causa. Quindi le lettere di cambio, e per assimilazione di quelle i biglietti ad ordine, rendono competenti anche a rispetto degli stranieri, i giudici del luogo nel quale n'è stato promesso il pagamento (2). Ma la promessa del pagamento in un determinato luogo contiene elezione di domicilio?

L'affermativa è manifesta; dappoichè è questo un privilegio degli atti di commercio (3). Quindi per enunciare in termini esatti l'eccezione a rispetto della competenza degli stranieri giova dividerla in due proposizioni:

1.° I negozianti legalmente domiciliati all'estero possono citare lo straniero innanzi a' tribunali della loro residenza.

2.° Nel commercio, il luogo indicato per lo pagamento d'una lettera di cambio, o d'un biglietto, o d'una obbligazione commerciale, vale come elezione di domicilio per le azioni che ne risultano.

IV.

Premesse le cose dette convien ritornare all'analisi della questione proposta se l'articolo XV delle nostre leggi civili ha ampliato o ristretto la disposizione dell'articolo XIV del codice francese?

L'articolo XV è composto di due membri. Il primo ha sofferto il ritaglio d'una parola, il secondo ha ricevuto una giunta. Dicevasi nel testo originale: *lo straniero anche non residente nel regno potrà esser citato avanti i tribunali nazionali per l'esecuzione delle obbligazioni da lui contratte nel regno con un nazionale*. Si ferma ora il codice rifatto alle parole *nel regno*, senza attendere alla persona colla quale l'obbligazione è stata contratta.

Per l'opposito il testo originale diceva nel secondo membro; *potrà parimenti*

essere chiamato avanti i tribunali per le obbligazioni da lui contratte in paese straniero con un nazionale. Soggiugne ora il nostro secondo codice: *perchè gli effetti del giudicato possano eseguirsi nel regno*. Siccome cotesta giunta limita manifestamente la giurisdizione de' giudici del territorio e la sottopone ad una condizione di fatto, così non può a prima vista presumersi che abbia voluto nella prima parte ampliarla.

L'ampliazione della prima parte potrebbe presumersi se la medesima contenesse un maggior favore pe' propri sudditi, al bene de' quali sono indirizzate le leggi civili. Ma per l'interpretazione estensiva che vorrebbe darsi alla prima parte dell'articolo, nulla guadagnerebbono i sudditi, e l'ampliazione cadrebbe

(1) *Sirey* *disser. t. XI. p. II. p. 76.*

(2) *Art. 626 delle leggi di Comm.*

(3) *Art. 122 e 626 delle nostre leggi di comm.*

tutta sopra gli stranieri, il che non è verisimile.

Non è verisimile che il legislatore avesse voluto uscire dai limiti del diritto ricevuto tra le nazioni, nè fare più di quello che era stato già fatto. Una tal novità non sarebbe utile nè onerosa sia a' principi del diritto pubblico, sia alle altre disposizioni delle stesse leggi civili. La giurisdizione Sovrana, la quale naturalmente abbraccia i beni del territorio e le persone de' sudditi si estenderebbe ancora alle convenzioni degli stranieri anche viandanti, fatte sotto il cielo del territorio del regno, il quale diverrebbe la patria di tutti i loro contratti.

Se lo straniero non residente nel regno può essere citato, potrebbe altresì citare, e sia sarebbe ammesso al giudizio d'una parte de' diritti civili. Ora questo privilegio sarebbe contrario alla disposizione del numero 2 dell'articolo IX, il quale non concede il giudizio de' diritti civili se non agli stranieri che sono ammessi dal governo a stabilire il loro domicilio nel regno, e per quel tempo che vi faranno residenza. Che se il privilegio si volesse intendere concessa passivamente, non si potrebbe intendere la ragione nè del favore per chi cita, nè della parzialità contra colui che è citato.

Sarebbe assurdo che lo straniero non domiciliato nè residente godesse d'un diritto dal quale è escluso lo stesso nazionale che non è domiciliato nel regno.

Ad una interpretazione la quale produrrebbe inconvenienti ed errori, de' esser preferita quella che gli evita mediante una più regolare lezione. L'articolo decimoquinto non dice da chi possa lo straniero essere citato, sì che manca il nome al quale il discorso si riferisce. Or

supplendo il nome mancante e così leggendo, *lo straniero potrà essere citato dal nazionale*, non solamente si restituisce alla legge il giusto senso, ma si pone in armonia la prima colla seconda parte dello stesso articolo.

I compilatori della legge credettero superfluo il ripetere il nome nazionale, perchè la seconda parte si riferisce alla prima e si spiegano l'una per l'altra. Sono due i casi preveduti dall'articolo decimoquinto, che il nazionale abbia contratto collo straniero o nel regno, o all'estero. Nell'uno e nell'altro caso il nazionale può chiamare lo straniero innanzi a' propri giudici.

Qualora invece di congiungere il senso della seconda parte alla prima si separasse l'una dall'altra, ne avverrebbe che la limitazione *purchè gli effetti del giudicato possano eseguirsi nel regno* riguarderebbe il solo caso in cui il nazionale avesse contratto con lo straniero all'estero; che se avesse contratto nel regno, o se nel regno avessero contratto due stranieri, ne seguirebbe che la legge avrebbe permesso al giudice di fare impunemente disprezzare la propria giurisdizione.

Non sembra dunque vero che l'art. XV abbia derogato al XIV del codice precedente, nè che il supplire nel testo delle nuove leggi il nome di colui che può citare lo straniero, sia un alterare la legge o farle violenza. Men regolare ancora sembra il raffigurare nell'articolo XV due casi relativi al luogo del contratto e non alla qualità de' contraenti; dappoi- ebè siffatta interpretazione distruggerebbe il principio incontrastabile che il favore della legge è diretto alle persone e non alle azioni.

DISSERTAZIONE XII.

DELLA SIMULAZIONE NE' CONTRATTI CIVILI.

I.

La materia della simulazione è di quelle, che possono dirsi d'un color cangiante, perchè può esser veduta sotto diversi angoli, e apparire ora un atto onesto, o almeno indifferente, ora illecito e fraudolento. Comunemente equiparasi al dolo, e alla frode, ed entra nel genere de' delitti, e de' quasi delitti; e non pertanto v'ha de' casi, ne' quali la legge non solamente la permette, ma l'adopera ella stessa, o prendendo da' fatti possibili una verità, che desumer non può dagli attuali, o traendo indietro il presente, o supponendo avvenuto ciò che ancora non si è verificato. Non è già che manchi nel diritto una regola atta a distinguere le diverse qualità degli atti, a' quali si dà lo stesso nome di *simulati*, ma spesso volte interviene, che ragionando degli effetti di quella o di questa specie di atti, le disposizioni della legge, scritte per un dei due casi, si trasportino all'altro. Ad evitare un tale scambio, util cosa è il determinare i caratteri discernitivi della simulazione lecita, e della illecita; e l'additare i mezzi, pe' quali la legge in un caso fa scomparire l'apparente per dare luogo al vero, e nell'altro apre la via a scoprire la frode ne' suoi più segreti nascondigli. La materia è elementare, ma la chiarezza degli elementi, che sta nelle definizioni, è la guida necessaria a penetrare nelle più astruse questioni del diritto controverso. L'atto di più persone, che nasconde, o altera il vero per frodare i diritti d'un terzo, è la simulazione illecita, cui la legge toglie ogni effetto, e che punisce ancora ne' casi più gravi. Cotesta frode non differisce dal dolo, anzi è il dolo di due o più persone, che si sono insieme concertate per cavarne profitto. In questa classe entrano gli atti, e i contratti, che hanno per fine l'eludere l'effetto delle leg-

gi, o delle proprie obbligazioni; il nascondere gli atti gratuiti sotto la forma di contratti onerosi; le disposizioni a favore di persone interposte, e a profitto di altri dalla legge dichiarati incapaci; le alienazioni fatte in frode de' creditori; ed altre simili disposizioni o contratti, che la legge dichiara nulli, perchè fatti, in dispregio delle ordinazioni, o de' divieti suoi. Per questi atti il vocabolo *simulato* ha un carattere proprio, inerente al suo natural significato, che è quel di *doloso*. Un chiarissimo scrittore francese, che tutti risguardiamo come il maestro della moderna giurisprudenza, lo ha derivato dalla voce latina *simul*, quasi che indicasse il concerto di più persone, che sono insieme concorse alla frode; ma egli ha manifestamente errato nella etimologia, perchè il *simulo* de' latini vien dall' antico *similis*, da cui nacque di poi il *similia*.

Diversi da questi illeciti atti son quelli, co' quali i contraenti, per loro scambiabile utilità, e senza danno di alcuno, deliberano di nascondere all'altrui curiosità un atto vero, il perchè lo rivestono d'un altro affatto apparente. Di questo genere di finzione vi ha esempi in ogni legislazione, nelle leggi giudaiche, nelle greche, nelle romane, nelle moderne, e persino nelle consuetudini, o sia nelle leggi non iscritte di tutt' i popoli antichi e moderni. Noi non troviamo vera l'altra osservazione dello stesso autor francese, il quale nota, che tali *simulazioni* indicano un vizio nella scienza della legislazione, il quale dovrebbe essere corretto, scegliendo un altro modo, per lo quale potesse ottenersi lo stesso intento, e che fosse più conforme alla verità, e alla sanità della legge. Il vizio, a nostro credere, sta nel nome, e non nella cosa. Perchè dare una stessa denominazione a due specie d'atti,

uno illecito, e l'altro non solamente illecito, ma utile? Perchè un vocabolo, che nel proprio significato porta seco le note della frode e del dolo, si è renduto comune ad ogni sorta di finzione? Il *finto*, e l'*apparente* hanno un significato più generico ed ampio, il quale abbraccia tanto la vera, quanto la falsa somiglianza, tanto l'onesta e l'utile finzione, quanto l'illecita o la riprovata. Chi oserebbe dire, che è un vizio della legge il fingere le più lodevole e l'ottima delle azioni, per prender da questa la norma del giusto e del vero? O chi oserebbe condannare la sua benignità, quando per riparare alle conseguenze d'una ingiustizia della fortuna, suppone verificato il caso il più favorevole, che avvenir poteva e colui che l'ha sofferta? Se fosse vizio, o imperfezione della legge il fingere, essa non potrebbe stabilir legali presunzioni, nè regolare gli effetti de' patti, o delle disposizioni condizionali, nè legittimare i figliuoli nati prima del matrimonio, nè permettere le adozioni a quelli che non hanno, nè possono aver prole.

Ma poichè non possiamo mutare i vocaboli ricevuti, distinguiamo i due contrari significati della *simulazione* e del *simulato*, e per distinguerli determiniamo i caratteri propri di ciascuno di essi. La dolosa ed illecita simulazione è una macchinazione fatta in danno del terzo: la lecita è una finzione convenuta, di cui gli effetti toccano soltanto le persone, che

l'hanno pattuita. La legge ha suggerito ai contraenti il mezzo, onde non confondere gli effetti del contratto vero, e dell'apparente, e questo mezzo sta nell'uso delle *contrascritte*, delle quali parla l'articolo 1275 delle leggi civili. L'uso di tali contrascritte era tanto ovvio e frequente nel tempo delle antiche leggi, quanto l'è sotto le nuove: di esse parlano i titoli del codice giustiniano: *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*; e l'altro *si quis alteri vel sibi, sub alterius nomine, vel aliena pecunia comparaverit*; l'uso frequente di tali contrascritte, altra volta dette *antapoeche*, è ne' contratti di compravendita, sia per celare il nome del vero compratore, sia per velare un contratto colle forme d'un altro, o per modificarne gli effetti a volontà de' contraenti.

Premesse tali nozioni, nostro scopo è il dimostrare:

1.° Che le contrascritte, comechè d'una forma meno autentica dell'atto apparente, distrugge ed annulla questo interamente, e toglie a' contraenti ogni eccezione per impugnarne il contenuto.

2.° Che cotesta efficacia non solamente cessa nelle simulazione dolosa, ma che lo stesso atto autentico, impugnato da terza persona per simulazione, perde ogni privilegio che gli viene dalla sua forma, e può essere attaccato per mezzo della prova testimoniale, o delle presunzioni e delle congetture.

II.

La definizione che gli spositori del diritto francese danno delle contrascritte, corrisponde esattamente al concetto, che ne avevan formato i romani giureconsulti. La *contrascritta*, dice Merlin, è un *secondo atto, per mezzo del quale dichiarasi, che il primo non è vero, o in tutto, o in parte. Le contrascritte*, aggiugue Toullier, *quando anche avessero per oggetto l'annullare, o il dichiarare simulata e finta una vendita, hanno tra le parti contraenti la stessa forza delle contrascritte fatte innanzi notaio.* (1).

Notabil cosa è, che la legge non abbia determinato quale dote aver debba la contrascritta, potendo essa precedere e accompagnare l'atto apparente, o anche a questo susseguire. Avviene d'ordinario, che le contrascritte segue e non preceda l'atto apparente, dappoichè ogni atto dichiarativo d'un altro è di sua natura secondo; ma è frequente altresì il caso, che le parti contraenti abbiano tale reciproca diffidenza, che l'una non voglia sottoscrivere l'atto apparente per timore, che l'altra si ricusi di sottoscrivere il vero. Cotesto ca-

(1) Tom. VIII. Cap. VI. Sez. I. de la preuve littérale 4.° 188.

so non costituisce regola, nè in alcun luogo del diritto, sì antico che nuovo, è detto, che le contrascritte aver debbano tale o tale altra data; se si eccettuano i contratti di matrimonio, pe' quali la legge ha espressamente derogato alle regole comuni ad ogni altra sorta di contrascritte.

Ma qual'è la vera indole d'una contrascritta, con cui taluno diebiarsi di voler comperare, o di aver comperato per altri? A propriamente dirla, è un maodato, il quale risulta o dalla volontà di ambedue, se la contrascritta è anteriore al contratto; o dalla confessione del mandatario, se è posteriore. La seconda pruova non è inferiore alla prima, porchè uno de' modi, pe' quali si può dimostrare il mandato è la confessione del mandatario, siccome manifestamente apparisce dalla legge, *nec satisfatio D. rem datam haberi*. Da ciò segue, che il supposto compratore non altrimenti figuri innanzi alla legge, se non come mandatario del vero. E però il chiarissimo Cardinal Mantica, esaminando la questione se il compratore *per interpositam personam* acquisti validamente il dominio della cosa comperata risponde: *emptio valet, nam plerumque honestiores personae non solent pati nomina sua instrumentis emptiozum inscribi* (1). Dalle quali cose manifesto apparisce, essere indifferente alla validità delle contrascritte la data antecedente o susseguente all'atto. Vanissime poi sono le obiezioni, che soglionsi ricavare dalla diversa qualità dell'atto vero, e dell'apparente; quasi che dovéssu riguardarsi l'atto autentico come principale, e la privata contrascritta come accessoria, e questa non potesse variar quello nel confronto della forma pubblica colla privata. Coteste obiezioni suppongono vero ciò, che è distrutto dalla natura stessa dell'atto. Imperocchè il fine della contrascritta può esser quello di distruggere interamente l'atto pubblico apparente, o di modificarlo. Nel primo caso, che è il maggiore, la vera volontà delle parti sta nella contrascritta, e non già nell'atto apparente. Tale è il senso della legge 3. C. *plus valere*

quod agitur etc: si quis gestum a se alium egisse scribi fecerit, plus actum quam scriptum valet. La ragione di questa legge è riposta appunto nella differenza, che passa tra il fatto e la pruova; giacchè il consenso e la volontà delle parti contraenti costituiscono il contratto, ed il modo di farlo valere, giusta la regola, *contractus legem ex conventionem accipiunt*. E però tanto la sostanza della convenzione, quanto la forma dell'atto sono subordinate a tutte le condizioni, colle quali è piaciuto alle parti stesse reoderlo tra loro obbligatorio. Ora da questo principio cardinale di tutte le obbligazioni fu tratta la regola, che gl'Imperatori Diocleziano e Massimiano diedero per discernere i contratti simulati, e che Giustiniano mise in fronte al titolo che ne tratta: *in contractibus rei veritas potius quam scriptura perspicui debet* (2). Tal è anche il concetto de' moderni scrittori francesi, i quali non altrimenti definiscono la contrascritta, se non come un atto, che nell'interesse de' contraenti distrugge il titolo autentico (3). L'opporre duoque alla contrascritta l'autorità del titolo autentico è un argomento falso, il quale suppone una cosa affatto contraria alla natura dell'atto stesso. Che se la contrascritta modifichi, o non distrugga interamente l'atto autentico, vale per la parte quel che si è detto per lo tutto. Del resto la legge stessa tronca dalle radici cotale obiezioni, per avere innanzi ad ogni altra disposizione dichiarato, che la scrittura privata, o riconosciuta da colui, contra il quale si produce, o legalmente considerata come riconosciuta, ha la stessa fede dell'atto autentico tra quelli che l'hanno sottoscritta (4). Da ciò nasce, che l'unica eccezione, che può tra'contraenti essere opposta alle contrascritte è la negazione, o il non riconoscimento della sottoscrizione propria, o dell'autore, ed a cui taluno abbia causa. La contrascritta riconosciuta, o legalmente dichiarata tale, comechè da pruova non fosse rivestita di pubblica forma, l'ha acquistata per lo solenne riconoscimento delle parti, o per la sentenza del giudice.

(1) Mantica de *facilis et ambiguis*. Lib. IV. tit. 23.

(2) L. 1. C. *plus valere quod agitur etc.*

(3) Toullier *luogo cit.* n. 163. Merlijn Contre-Lettre.

(4) Art. 1276 LL. CC.

III.

Il favore che la legge ha concesso alle contrascelte tra contrascelti, non oltrepassa le loro persone, o i loro aventi causa, sì che inutili esse divengono di rincontro a terzi, i quali se loro si opponessero, risponderebbero *nihil de me actum est*. La simulazione, a rispetto di costoro può essere stata commessa ne' contratti pubblici ed apparenti, da quali neppure ricevono pregiudizio per la regola *non debet alii nocere quod inter alios actum est*. E però qualunque atto celebrato tra due persone, per quanto solenne sia, fa prova a rispetto del terzo della sola materiale esistenza dell'atto medesimo, e non della veracità o legittimità sua. Per la qual cosa, quando il cennato atto sia stato dai contrascelti concertato in danno de' diritti del terzo, può questi impugnarne la veracità senza ricevere verun ostacolo dalla sua forza. Cotesto caso non è compreso nelle regole stabilite dagli articoli 1273 e 1295 delle leggi civili, cioè che l'atto autentico fa piena fede della convenzione, che in se racchiude; e che non si ammette prova testimoniale nè contra, nè oltre il contenuto degli atti scritti. La simulazione può essere provata non solamente con testimoni, ma anche colle prove suppletorie, quelle cioè delle presunzioni, e delle congetture. E qui è notevole ancora l'altra eccezione fatta dall'art. 1307 delle leggi civili, cioè che la prova delle presunzioni è ammessa nelle azioni di frode e di dolo. L'azione, colla quale tali atti s'impugnano, non è di falso ma di dolo, col quale scambiasi la simulazione in danno del terzo. Ma d'altra parte siccome nelle azioni di dolo e di frode non basta che l'attore accusi

di questo vizio l'atto; e siccome la legge richiede che sieno allegati e articolati i fatti e le congetture, dalle quali può il dolo apparire, così comuni sono all'azione della simulazione le regole, che circoscrivono l'uso delle presunzioni, e delle congetture. Tali regole sono uniformi nell'antico e nel moderno diritto, perchè dettate dal criterio della ragione. Uopo è che ogni accusa sia credibile, e che il dolo nasca da fatti o da congetture gravi e pertinenti, dalle quali risulti chiara la prova della frode. E però nella L. 6 D. solo era scritto: *Item exegit Praetor, ut comprehendatur quid dolo malo factum sit. Scire enim debet actor in qua re circumscriptus sit, nec in tanto crimine vagari*; e nella legge 2. de doli mali exceptione: *specialiter exprimendum est de cujus dolo quis quaeratur*. Gli scrittori del foro accostumati a circoscrivere il criterio morale del giudice con regole scritte; pretesero determinare i caratteri delle presunzioni e delle congetture gravi, che formar possono una piena prova del dolo, e della frode. Cepolla nel trattato della simulazione de' contratti, Mascardo nei libri sulle prove, Menochio in quelli delle presunzioni, stabilirono taluni canoni, che nel nostro antico stile di giudicare erano riguardate come altrettante presunzioni di diritto. Dopo di costoro vennero i decisionisti, i quali pretesero ancora graduare le congetture di fatto, dalle quali il concorso potesse secondo le varie circostanze de' casi particolari rendere più o meno concludente una tale prova. Giova riandare le une e le altre, perchè potrem da esse ricavare qualche verità generale.

§. I.

Presunzioni.

Per prima presunzione della dolosa simulazione d'un contratto notano i lodati autori l'affettazione delle clausole, le quali divengono sospette per la inopportunità colla quale sono state adoperate. L'esempio di tale affettazione è preso dalla L. 27 D. de probationibus, nella quale il giureconsulto Sevola propone, se debban darsi

tutte le quantità legate a titolo oneroso a colui, cui antecedentemente aveva il testatore legato tutto quello, che costui era capace di ricevere: risponde il cennato giureconsulto: *Si Titius suprascripta ex ratione sua ad testatorem pertencisse probare potuerit, exigi; videtur enim eo, quod ille plus capere non poterat, in frau-*

dem legis haec in testamento adiecitse.

Una seconda presunzione più grave ancora della prima, è il possesso ritenuto dal venditore, il che contraddice alla indole e allo scopo del contratto della compra e vendita. Cotesto argomento è pure additato dalle leggi romane, come segno di simulazione: *quameis instrumento emptionis socrus nomen inscripseris; tamen si possessionem tenens dominus effectus es, ob eam rem frustra calumnias mulieri, quameis ipsas contractus tabulas habeat, reformidas* (1). Ed in altro luogo la legge diebiana superfluo il ricercare se sia vera la vendita del fondo, quando il venditore in realtà lo possiede: *Supervacuum est quaerere, agrum specialiter hypothecae datum, permissu creditoris venisse, si ipse debitor re possideat* (2); nel quale luogo, tratto tratto la legge ripete non potersi presumere venduto il fondo, che è rimasto nel possesso del venditore. Una terza presunzione finalmente, di non minor momento delle prime due, è l'aver comperato coll'altrui danaro, siccome il dimostra l'intero titolo del codice giustiniano, *si quis alteri vel sibi, sub alterius nomine, vel aliena pecunia comparaverit*. Tal'è la natura delle presunzioni, di qualunque sorta, che unite insieme possono rendere manifesto quel che ciascuna di esse divisamente non basterebbe a dimostrare. Noi non oseremmo chiamare presunzioni di diritto quelle testè addotte nè sapremmo altrimenti qualificarle se

non come indizi gravi, dall'unione de' quali può il giudice convincersi della loro verità, senza per altro affermare, che non potesse esser vero il contrario. Ciò non ostante gli scrittori del foro le hanno riguardate come presunzioni di diritto. Menochio ne' libri delle presunzioni dice: *vigesima quarta praesumptio, et conjectura contractus simulati . . . est quando venditor permansit in possessione rei venditae. Ita Caepolla in dicto tractatu de simulatione contractuum n. 76 ver. . . . HANC ESSE PRAESUMPTIONEM (ut pauca haec scriptis adjungam) JURIS scriptum reliquit Jo. Andreas in additionibus etc.* (3). Mascardo prima di Menochio aveva anche qualificato come presunzioni di diritto la ritenzione del possesso, e il prezzo pagato con aliena pecunia: *adhuc tertio ampliatur, ut procedat etiam si quis alieno nomine emerit rem, et ipsas solverit pretium, et penes se retinuerit possessionem rei venditae: nam hoc casu ille nominatus praesumitur simulate nominatus, et verus emptor dicitur qui possidet, ut supra docuimus, et meminist Angelus in L. quameis C. si quis alteri; et idem Angelus in L. filii C. de donat. inter vir. et uxor. ubi ait, quod si maritus nomine uxoris emerit, et possessionem rei venditae tradita fuit marito, tunc nomen uxoris simulat esse appositum, et dominium rei venditae ad maritum spectare et non ad uxorem, licet nominata sit, et id aperte certum est* (4).

§. 2.

Congettura.

Il nostro nuovo diritto ha bene distinto le presunzioni della legge da quelle che possono essere ricavate dalla volontà dell'uomo. E questa una distinzione logica, stabilita dalla legge per mettere un freno all'arbitrio de' giudici nella estimazione de' fatti incerti. L'ordine pubblico esige, che taluni fatti certi e solenni producano certe e determinate conseguenze; e che

quantunque non sia moralmente impossibile il contrario, pur tutta volta debba avervi come costantemente vero quel che tal è nella generalità de' casi. Ora queste certe e determinate conseguenze son quelle, che le leggi romane chiamarono presunzioni di diritto. Così, stabilita la pubblicità, e la solennità del matrimonio, la legge reputa sempre legittimo il figlio na-

(1) L. 8 § 7. quib. mod. pignus est hypoth. solv.

(2) L. 4. C. Si quis alteri vel sibi sub. alt. nom. etc.

(3) Caepolla de simulat. contract. loco cit. ex n. 164.

(4) Mascardo de probat. Concl. 439 n. 11.

to in costanza del medesimo: *pater is est quem nuptias demonstrant*. E stabilito del pari l'ordine solenne de' giudizi, la sentenza del giudice de' essere da tutti accettata come la verità stessa: *res iudicata pro veritate accipitur*. La presunzione di diritto dunque, e propriamente definirla, è la conseguenza che la legge trae da un fatto noto: dove la legge ha pronunziato, uopo è che taccia l'interpettazione e l'arbitrio del giudice.

L'articolo 1034 delle leggi civili ha determinato il numero, e la qualità della verità, che la legge ha stabilito come certe, e contra le quali non ammetto nè giudizio, nè prove in contrario, tranne che in alcuni casi, che come eccezioni ha ella stessa additato.

Per contrario tutte le altre conseguenze, che l'umano criterio può dedurre da un fatto, che la mente apprende come certo, entrar debbono nella libertà, e nella latitudine del giudizio del magistrato: queste per contrapposto delle prime chiamansi presunzioni, non della legge ma dell'uomo.

Ora venendo al particolare del nostro argomento, è manifesto che tutti gli argomenti di dolo e di frode, de' quali abbiamo di sopra parlato, e che dagli antichi scrittori del nostro foro sono stati riguardati come presunzioni di diritto, non possono entrare in tale categoria, quando il vocabolo *presunzione* si prende nel rigoroso significato della legge. Essi non sono se non conseguenze probabili di fatti più frequenti, i quali neppure possono dirsi certi ed indubitati. E per la stessa ragione, quegli altri argomenti meno gravi, che i medesimi scrittori indicano col nome di *congetture*, non sono, se non conseguenze di fatti della stessa natura, i quali non differiscono da' primi se non per un grado minore di probabilità e di verisimiglianza. Ciò non ostante per formare un concetto compinto della qualità delle prove, colla quale suole farsi la dimostrazione della frode, e del dolo nei

giudizi di simulazione, giova ancora farne l'enumerazione.

1. Se il finto compratore sia povero, e non abbia onde prendere il prezzo (1).

2. Se il vero e non il finto compratore abbia trattato col venditore, giacchè come dice Menochio *ex tractatu et ordinatione praecedenti praenuntitur simulatio, ut scripsit Baldus in L. paeta novissima C. de pactis* (2).

3. Se il venditore senza necessità alieni i migliori beni, e si riservi i peggiori: *plurimi facienda est illa probatio detegendi simulationem contractum, nam si venditor meliora bona, quae habet in patrimonio vendit, et retinet minus utilia, tunc praesumitur simulatio* (3).

4. Se il venditore alieni quello, in che ripone il suo principale amore, come la casa de' maggiori, quella in cui fu educato, o dove abita: *Si vendit rem ad quam venditor habet singulare studium, ut si vendit domum majorum suorum, in qua forte educatus fuit, et habitat, nam affectus eadit in re, quae fuit majorum suorum* (4).

5. Se si vende per un prezzo molto maggiore, o molto minore di quel che la cosa vale (5).

6. Se il venditore non solo ritiene il possesso, ma percepisce i frutti, ed amministra la cosa venduta, come praticava prima della vendita (6).

Tutte le enunciate presunzioni hanno la stessa forza, o che sia simulato il contratto, come sarebbe una donazione velata col titolo di compra-vendita, o che sia simulata la persona del compratore, com'è il caso della compra fatta sotto altro nome, e con altrui danaro.

Difatti a questa seconda specie di simulazione riferisce Menochio le stesse presunzioni di sopra dinotate: *de multiplici simulatione, quae de contractu ad contractum committi solet, diximus supra. Nunc disserendum est de aliis nonnullis, et primum quidem quando simulatio praesumatur commissa de persona ad personam*

(1) *De Marinis Decis. R. C. 529.*

(2) *Lib. III. Praes. 125 n. 24.*

(3) *Mascardo de prob. conclus. 443 n. 1.*

(4) *Mascardo ibid. n. 2.*

(5) *Mascardo ibid. n. 7.*

(6) *Menochio Praesumpt. lib. 3. Praes. 723 n. 7.*

ut si maritus vere emat, et tamen in emptionis instrumento dictum sit affirmatum fuit uxorem emisse. Quas sane simulatio dicitur committi de persona ad personam ut scribunt Baldus in lege multum etc. Haec autem simulatio, sicuti et reliquae omnes, in dubio non praesumitur, ut tradit Afflictus etc. Sed tamen detegitur praesumptionibus et conjecturis; quemadmodum et aliae, de quibus jam disseruimus, et in claris his terminis sic respondit Decius in Consilio 442 n. 13 (1).

Che le enunciate regole sieno state presso di noi seguite nell'uso del giudicare, il dimostra sopra tutti gli altri esempi, una decisione della Regia Camera, riportata ed illustrata dal Regente de Marinis, colla quale fu dichiarata simulata la vendita di due feudi per due sole delle presunzioni di sopra riferite, cioè il possesso ritenuto dal venditore, e la povertà del compratore (2).

Altra volta, quando il criterio d'ogni giudici era circoscritto dall'autorità delle opinioni ricevute, e delle cose giudicate,

ciascuna delle riferite presunzioni e congetture, avrebbe potuto allegarsi come un testo, o una dottrina, degna di essere presa per norma del giudicare in casi simili. Ora sì le une, che le altre, non sono se non esempi de' quali il giudice è libero valutare la forza o l'opportunità, secondo le varie circostanze del fatto, cui possono essere applicate. Una sentenza, la quale negasse la pruova contra un atto autentico impugnato per simulazione, o dicesse di non potersi ammettere alcuna sorta di presunzioni e di congetture, dovrebbe essere annullata. Ma se rigettasse singolarmente o collettivamente queste ed altre simili presunzioni, come inefficaci di provare la simulazione, non potrebb'essere però censurata. I magistrati che l'avessero pronunziata, potrebbero farsi scudo della libertà del loro criterio; se pure il loro ragionare non eadesse in qualche vizio logico, il quale apre l'adito alla censura della Corte suprema, al pari d'ogni altro error legale.

(1) Menoch. lib. III. Praesumpt. 125.

(2) Decis. 329. *Contractus ex quibus probetur simulatus? Et an pro tali sit habendus, quoties detegitur in rei venditae possessionis venditorem remansisse?*

Et ubi constaret emptorem ad pretium solvendum propter ejus paupertatem esse impotentem? — La soluzione è affermativa.

CONSULTAZIONE (XIII.)

IN UN CONTRATTO DI COMPRA- VENDITA, QUANDO OLTRE AL PREZZO LEGALE SUESI CONVENUTO ALTRO PREZZO A VANTAGGIO DEL VENDITORE, DEESI, O PUR NO, INTENDERE UN TAL PATTO COME COMMESSO IN FRODE DE' CREDITORI ISCRITTI?

Il caso che si propone è: il proprietario d'uno de' più speciosi ed ameni fondi sito nel recinto della capitale, ipotecato a più creditori iscritti, erasi sempre negato a spogliarsi di tal proprietà, sperando che con la vendita degli altri suoi beni potesse purgarlo da ogni ipoteca. Cedendo alla perfino alle istanze d'un compratore che glie ne offerse un prezzo doppio o forse triplo del suo valore, accettò l'offerta di costui aggiugnendovi il fatto che la vendita sarebbe fatta colla lega-

le purgazione delle ipoteche, vale a dire mettendo in arbitrio de' creditori l'espore il fondo venduto alle subaste; e colla condizione altresì che seguito il legale incanto o rimanendo fermo il prezzo offerto dovesse il compratore depositare il prezzo per distribuirlo a' creditori e pagare al venditore il terzo del cennoato prezzo a titolo di donativo o di prezzo di affezione. Si domanda se questo donativo o secondo prezzo di affezione possa dirsi convenuto in frode de' creditori?

I.

Il bisogno è la misura del valor delle cose, se s'intenda la parola *bisogno* nel senso generico, come debbono essere intese le voci di cui si fa uso in ogni definizione. Quindi vera è la regola data da Aristotele (1), seguita da Grozio (2) e oscurata più che illustrata da Puffendorfio (3) e da Coccei (4), i quali dicono non potersi stabilire la misura del prezzo nel bisogno che si ha della cosa, senza contraddire al fatto di trovarsi cose di niuna necessità e di puro lusso, alle quali si assegna un altissimo valore. A ciò si risponde che il bisogno è di sua natura relativo, e però comune tanto alle cose necessarie quanto alle superflue, nel che si trova la verità del detto di Plinio (5), e di Cicerone: *etenim qui modus esse in his rebus cupiditatis, idem est aestimationis. Difficile est enim finem facere pretio nisi libidini*

feceris (6). Ed il bisogno così del necessario come del superfluo può esser vario, secondochè è generale, comune o particolare. La diversità che passa tra queste tre spezie di bisogno forma una scala quasi infinita di gradazioni, delle quali una non può esser confusa coll'altra.

Al bisogno generale o comune va riferito quel che Seneca dice del prezzo delle cose, cioè che l'opinione è subordinata a quel che la cosa realmente vale. *Pluris est, inquit, quam vaenit. Sed pluris vaenire non potuit; praetium autem cuiusque rei pro tempore est. Cum bene ista laudaveris: tanti sumi, quanto pluris vaenire non possunt; praeterea nihil venditori debet qui bene emit. Deinde etiam si pluris ista sunt, non tamen ullum istius tui munus est, ut non ex usu effectuve, sed ex consuetudine et annona aestime-*

(1) *Moral.* v. 8.

(2) *Lib. II. C. 12 §. 14.*

(3) *Lib. V. C. 1 §. IV.*

(4) *Disput. de vero rer. pret.*

(5) *Hist. natur. lib. IX C. LIII e LIV.*

(6) *Cic. Verrina de signis §. VII.*

tur (1). E nello stesso senso furono scritte da Paolo le parole della legge 63 ad l. *Faleidiam: pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur*: come pure quelle della legge 33 ad l. *Aquilian: non affectiones aestimandas esse, sed quanti omnibus valeret*. Imperciocchè essendo universale il bisogno che di tali cose si sente, ed essendo comune a tutti il servizio che da quelle si può cavare; non è ragione alcuna che debba farle in diverso modo stimare secondo gl'individui, quando niuno non ha motivo di desiderarle più o meno che non fa tutto il resto degli uomini.

Ma a differenza del comune, dee essere stimato il particolare bisogno, che da uno o da più si può singolarmente sentire di una data cosa, onde può esserne da costoro elevato il godimento ad un valore che oltrepassi la comune estimazione. Di qui l'ugual desiderio nel compratore e nel venditore di possedere la stessa cosa: di qui l'occasione a stabilire un prezzo relativo, che da altri non si troverebbe, conosciuto sotto nome di *prezzo di affezione* (2). Cotesto prezzo è interamente riposto nella concorrenza, o sia nella collisione del desiderio, tolta la quale, la cosa disputata ricade nella comune estimazione. E qui giova osservare che è appunto tal collisione quella, la quale rende lecito il prezzo di affezione, senza di che non vi sarebbe tra i contraenti l'uguaglianza, che de' essere il fondamento essenziale de' contratti commutativi. Bisogna dunque, per stabilire un prezzo di affezione senza turbare l'indole del contratto, che vi sia l'ugual desiderio o lo stesso interesse nelle due parti di possedere la cosa in questione. Tale collisione d'interesse è la sola ragione che possa autorizzare il venditore ad aggiungere un altro prezzo a quello naturale ed ordinario della cosa che vende: egli non potrebbe a buon diritto esiger nulla oltre il giusto prezzo, sotto pretesto di aver venduto in preferenza a colui che aveva interesse di acquistare; perocchè il giusto prezzo è determinato dal valor della cosa, ovvero da ciò che al proprietario costa il ven-

derla, non dal vantaggio che altri può ritrarne acquistandola. Che se il proprietario della cosa non potesse o non volesse vendere, allora un di più sul prezzo esprimerebbe appunto il valore del danno a lui cagionato dalla vendita, ed il compratore non può dolersi della eccedenza, quando ne conosce la quantità, ed il motivo che l'ha fatta stabilire.

Questa è in breve la teorica del prezzo di affezione, fondata ne' principi del diritto naturale, il quale dee, più che ogni altra parte del diritto positivo, regolare i contratti di eguaglianza, dove trattasi di serbare il giusto equilibrio nelle obbligazioni de' contraenti. Difatti, conformemente a' principi di quella naturale giustizia, allo stesso modo risolve la questione S. Tommaso.

» *Carius vendere vel vilius emere rem quam valeat, est secundum se injustum et illicitum . . . Alio modo possumus loqui de emptione venditione, secundum quod per accidens codit in utilitatem unius et detrimentum alterius, puta cum aliquis multum indiget rem habere aliquam, et alius laeditur si ea careat. In tali casu justum pretium erit ut non solum respiciatur ad rem quae venditur, sed ad damnum quod venditor ex venditione incurrit, et sic licite poterit aliquid vendi pluris quam valeat secundum se, quavis non vendatur plus quam valeat habenti. Si vero aliquis multum juvetur ex re alterius quam accepit, ille vero qui vendit non damnificetur cavendo re illa, non debet eam supervenire quia utilitas quae ei accrescit non est ex vendente sed ex conditione ementis; nullus autem potest vendere alteri quod non est suum, licet possit ei vendere damnum quod patitur* (3). D'onde si rileva che se per una parte non è lecito di vendere e di comprare una cosa più o meno di quel che realmente vale, si può dall'altra fare eccezione a questo principio, quando il vantaggio e il danno di ciascuno de' contraenti sieno in opposizione con quelli dell'altro, il che costituisce quella collisione di sopra mentovata, per la quale diviene lecito un aumento sul prezzo ordinario.

(1) *De benef. lib. VI C. 15.*

(2) *F. la dissert. di Thomasio de pre-*

tio affectionis cap. I. § 10.

(3) 11, 2 9, 77, a. 1.

Ma dopo aver veduto la natura del prezzo di affezione, ed in quali casi possa aver luogo senza detrimento del compratore, il quale in generale non dee pagar la cosa più di quello che realmente vale; giova vedere ancora se cotesto prezzo sia stato convenuto non in frode del compratore, ma in frode de' creditori iscritti, i quali hanno diritto sul prezzo. Ed avverrebbe il danno de' creditori iscritti, semprchè vi fosse qualche patto nella vendita, che sotto nome di prezzo di affezione rischiasse una parte del giusto prezzo al venditore.

La possibilità di stabilire un prezzo di affezione è affatto indipendente dal diritto de' creditori, perchè è conseguenza della volontà di vendere e di privarsi di qualche cosa che si ha cara, volontà la quale è un cho di diverso dal valore della cosa stessa. Ciò tanto è vero quanto i creditori hanno diritto al massimo prezzo della cosa, ma non possono impedire che il debitore venda il fondo loro ipotecato, insino a che ne ritiene il dominio. La garanzia de' creditori dunque consiste nel pretendere il massimo prezzo; o quando il debitore eserciti i diritti del suo dominio ne' termini, e colle cautele che la legge ha stabilito per sicurezza delle ipoteche, non si può dire che così operando faccia frode a' creditori. Nè può mai parlarsi di frode dove non apparisca il proposito di commetterla, e dove manchi l'evento, o sia il danno che dovrebbe esserne la conseguenza. Ora cessa la presunzione della frode semprchè nella vendita non solo si faccia menzione de' diritti dei creditori, ma si adottino ancora que' mezzi che la legge ha stabilito per loro garanzia; quale sarebbe la condizione espressa della purgazione dalle ipoteche, che importa ancora di vendere col beneficio delle subaste. La legge, nell'art. 2084, ha stabilito un prezzo legale a' fondi che vogliansi purgare dalle ipoteche, autorizzando ogni creditore, il cui titolo sia iscritto, a chiedere che l'immobile sia posto all'incanto ed alle pubbliche aggiudicazioni, onde il prezzo legale risulti dalle offerte di aumento che ognun di essi può fare, e dal valore delle subaste. Ma la stessa legge nell'articolo 2085 dice che

omettendo i creditori di domandare l'incanto nel termine e nelle forme prescritte, il valore dell'immobile resta definitivamente stabilito, secondo il prezzo stipulato nel contratto, o dichiarato dal nuovo padrone, il quale pagando il detto prezzo a' creditori che saranno nel grado di esigerlo, o facendone deposito resta liberato da ogni privilegio o ipoteca. Se dunque i creditori o lasciassero scorrere i termini dalla legge prescritti, o reputando giusto il prezzo offerto, non si valessero del beneficio che la legge loro concede, non potrebbero certamente all'epoca della esecuzione del contratto impugnare la legalità di un premio stipulato a vantaggio del venditore. No! potrebbero, perchè mancherebbe la presunzione di frode quando sia stata stipulata nel contratto la condizione della purgazione delle ipoteche; e no! potrebbero neppure perchè non ne conseguirebbero quel danno che si temo, quando fosse dipeso da' creditori di non usare i mezzi legali stabiliti per la cautela de' loro diritti. Il non usare per parte loro di tali mezzi, onde procurare un aumento sul valore della cosa venduta, sarebbe sufficiente prova della convenienza del prezzo offerto dal compratore, al quale se per incuria o per calcolo non ebbero a ridir nulla nel principio, molto più in prosieguo hanno l'obbligo di accettarvisi. In questa condizione di cose, se oltre il prezzo, al quale erano restati contenti i creditori, il venditore riservasse a se una somma col titolo di prezzo di affezione, sarebbe speculazione tardiva ed infruttuosa quella che consigliasse sostenere che questo dippiù faccia anche parte del valor della cosa. Qui vale la regola: *in conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit*, e però quello che rappresentato nel linguaggio proprio potrebbe ingenerare dubbiezza ed oscurità gioverà vestirlo di una forma qualunque, che esprima lo stesso pensiero sotto altre parole. Si presupponga non già che siasi convenuto un prezzo di affezione oltre il valor della cosa, ma che il venditore patuisca col compratore quel maggior prezzo che potrà risultare da un formale incanto, a condizione che lo distribuisca ai

creditori, e che quando nulla per se ne rimanga, debba da lui ricevere un donativo: si dirà forse che questa somma promessa in dono sia stata tolta con frode ai creditori? La causa della donazione è fuori della vendita: l'emolumento convenuto dee ripetersi o dalla liberalità del compratore, o dalla preferenza che il venditore poteva accordare ad uno più che ad un altro, o anche dalla pena che prova il venditore nel privarsi della cosa venduta.

Tale sarebbe l'indole del patto col quale il venditore si riserbasse per se un prezzo qualunque. Cotesto valore riservato non sarebbe di ostacolo all' aumento del prezzo legale, che anzi si sminuirebbe a misura che questo fosse per crescere. Si sostituisca dunque *al prezzo di affezione* un altro vocabolo, ovvero quello s'intenda per la realtà e non per la denominazione, e si avrà un donativo fuori del prezzo, col quale si voglia retribuire la volontà o la condiscendenza di aver venduto una cosa, che ambo i contraenti avevano in pregio di possedere.

Ricapitolando le cose dette si conchiude che, il prezzo di affezione non è meno fondato nella natura delle cose, di quello che è il valore intrinseco; per quanto

naturali ed estimabili sono gli affetti degli uomini non solo al pari, ma al di sopra di ogni altra materiale produzione. Che cotesto prezzo lecito per se stesso, potrebbe divenire illecito quando fosse pattuito o in frode del compratore o in frode de'creditori iscritti sul prezzo. Che per evitare la frode del compratore bisogna che vi sia uguale interesse nel venditore di conservar la cosa che nel compratore di acquistarla, e che quest'ultimo conoscendo il giusto prezzo della cosa sappia di pagare il di più a titolo di prezzo d'affezione. Che per evitare la frode in danno de'creditori iscritti bisogna che non si sia fatto nulla da parte dei contraenti per impedire il massimo aumento del prezzo a vantaggio di quelli; anzi si sia espresso nel contratto l'obbligo di pagare i loro crediti. Che laddove costoro trascurino di difendere i loro diritti co' mezzi forniti dalla legge, non possono tardivamente impugnare la legalità di un pagamento, che può esser fatto sotto un titolo qualunque, ma che esprimerà sempre un premio retribuito ad una preferenza concessa, o ad una privazione sofferta dal venditore.

DISSERTAZIONE XIV.

DELLE DIVERSE SPEZIE DI FALSO E SE IL FALSO MORALE POSSA
FORMAR MATERIA DEL FALSO INCIDENTE CIVILE.

Siccome le definizioni sono la prima guida d'ogni ragionamento, così cominciamo dal ripetere da esse la distinzione tra l'*falso materiale* ed il *morale*; distin-

zione comune nell'uso del parlar legale ma non sempre ben intesa, nè in astratto, nè nella sua applicazione.

I.

Il *falso materiale* è la contraffazione d'un atto o nel tutto o nella parte. I mezzi pe' quali si commette sono: l'imitazione del carattere e degli altri elementi della scrittura, se l'atto intero sia stato contraffatto: le giunte, gl'interponimenti di parole o di lettere, le rasure, le soprapposizioni, le lacerazioni, se si tratti di falsificazione, o sia dell'alterazione d'un atto vero. Questa è quella specie di falso, che gli antichi chiamavano *formale*.

Il *falso morale, intellettuale o sostanziale* comunque voglia dirsi, consiste nella mutazione della volontà di colui dal quale l'atto parte, commessa non col contraffacimento della scrittura o coll'alterazione dello suo parti, ma col sostituire alla volontà propria dell'autore l'altrui. E però cotesta specie di falso si trova, quando con dolo siesi fatto a taluno

sottoscrivere un atto diverso da quel che egli voleva (1).

La legge ha apprestato diversi rimedi per lo scoprimento di queste diverse specie di falso. Il falso materiale risulta da un fatto o sia da un vizio permanente, il quale comincia a rimuovere quella presunzione di cui l'atto godrebbe: cotesto vizio può paragonarsi ad un principio di prova scritta (e tal è in realtà), che apre l'adito alle prove.

Per l'opposito il falso morale nasce da un vizio occulto, che è il dolo e la frode: cotesto vizio non lascia di se traccia alcuna nell'atto, tranne quando il faccia palese la stessa inferma ragione del testatore.

Ambe le specie di falso possono essere perseguitate nella via penale, ma nella civile ciascuna può essere dimostrata con un'azione o con una eccezione adattata alla rispettiva indole.

II.

Si può ricorrere al falso incidente civile per impugnare un atto, non arguito di falso materiale, ma di semplice falso morale?

Una tal quistione è da lungo tempo agitata ne' diversi tribunali de' paesi che vivono col diritto francese. I nostri forse più sanamente degli altri hanno inchinato alla negativa: in molte decisioni,

specialmente della G. C. Civile di Napoli è passata quasi in generalità la massima, che il falso morale non può formar materia del giudizio d'incidente civile. I Francesi per contrario sembrano escludere da tal giudizio quella sola specie di falso morale che contenga simulazione.

I commentatori poi non solamente sono discordi tra loro; ma senza ripetere la

(1) Carrè: *Du faux incident civil*.

soluzione della difficoltà dallo spirito e da' principi del diritto negano nella regola quello stesso che talvolta concedono nell'eccezione. È dunque necessario anteporre il raziocinio all'autorità, onde dileguare i dubbi, che nascono dalla confusione o dalla poca esattezza delle idee.

Ed in prima vorremmo che ci si dicesse quale sia il falso morale che non contenga simulazione tanto negli atti tra vivi, quanto in quelli d'ultima volontà. Imperocchè se simulato è quell'atto, il quale presenti una verità apparente diversa da ciò che si voleva, l'uno o l'altro vocabolo divengono sinonimi. La differenza si bene tra le diverse specie degli atti simulati può nascere dagli accidenti che li modificano senza mutarne la sostanza. Siffatti accidenti vengono o dalla qualità de' mezzi della simulazione, o dalla natura dell'atto.

Quanto a' mezzi, il dolo è sempre il principio della simulazione, ma le vie per le quali si manifesta sono sì diverse tra loro, che le uno possono aprire l'adito ad un'accusa penale, mentrechè le altre producono semplicemente un'azione civile. La violenza a cagion d'esempio spiegata colle armi o coll'abuso della publican forza sarebbe di sua natura un reato, mentrechè per la semplice coazione morale darebbe luogo ad un'azione di nullità. Ora sarebbe ugualmente assurdo il trasmutare il giudizio penale del reato in un falso incidente civile, ed il valersi di questo giudizio come mezzo della nullità d'un contratto.

Ecirca la natura dell'atto debbonsi due cose distinguere, se l'atto sia tra vivi o di ultima volontà, e se negli atti tra vivi la persona, a danno della quale si dice commessa la simulazione, abbia o no formato parte dell'atto simulato. Negli atti tra vivi se la simulazione è intervenuta di comune consenso delle parti contraenti cessa nell'interesse loro ogni dolo, e lungi dal poter formare materia di falso, la verità apparente non può essere distrutta se non pel mezzo additato dall'art. 1275 delle leggi civili; laddove se la simulazione dicasi commessa a danno d'un terzo,

la legge a rimuovere il pregiudizio che questi può soffrirne, somministra altri mezzi più diretti e più efficaci insieme, dappoichè senza impegnare il terzo nella disputa della verità o della falsità dell'atto, ne rende a lui estranei gli effetti, e gli permette dimostrare la simulazione con qualunque specie di prove.

Che se la simulazione si supponga in un atto d'ultima volontà, in due modi può essere quella commessa; o attribuendo al defunto una volontà che non ebbe, o supponendo adempiute le forme nelle quali la legge ripone la prova delle ultime volontà. Così nell'uno come nell'altro caso le cagioni della simulazione sono necessariamente o l'assenza della ragione del testatore, o la frode dell'uffiziale depositario della fede publica. Nel primo la legge dà un'azione diretta di nullità, che non potrebbe scambiarsi col falso, cioè l'allegazione della demenza (1). Nel secondo v'ha certamente delitto di falso, che può e de'essere perseguitato, ma con quale specie di querela? Non con quella specie ch'è diretta a rimuovere il documento, ma con quell'altra che tende a scoprire ed a punire il delitto, il che sarà qui appresso dimostrato.

La somma la simulazione è di sua natura diversa dal falso propriamente detto: in questo è necessaria l'iscrizione, onde rimuovere la fede del documento; laddove in quella l'azione è o meramente civile, o interamente penale. Cotesta conclusione è in termini generalissimi enunciata da Carlo Molino: *non tenetur instrumentum arguere de falso: quia aliud merum falsum, aliud simulatio* (2).

Molto meno può dirsi che la legge conceda due azioni come mezzi ad ottenerne la stessa cosa; imperciocchè quando anche dalla natura del fatto nascessero diverse azioni produttive del medesimo effetto, ella ne restringe l'uso ad una sola, e le rende successive tra loro, quando l'effetto dell'una sia maggiore di quello dell'altra (3).

La fine non si può presumere che abbia voluto la legge scambiare l'azione propria per l'impropria, specialmente

(1) Art. 817 LL. CC.

(2) All'art. 3 della Consuetud. di Ni-

vernais.

(3) L. 41 e 53 D. de oblig. et act.

quando un tale scambio producea la confusione delle regole da lei stessa stabilite

per l'ordine de' giudizi, e per la fermezza degli atti civili.

III.

Ora le leggi di procedura sono applicabili alla specie del falso, che dicesi *morale o intellettuale*?

L'argomento più atto a risolvere una tal quistione è l'indagare nella legge stessa la ragione del legislatore. Se questi non ha dato alcuna regola per iscoprire il falso morale; se le regole date riguardano unicamente il materiale, e se l'applicazione di queste regole al morale distruggerebbe altri inconcussi principi di diritto, è manifesto che gli autori della contraria sentenza si attengono alla sola somiglianza della parola *falso*, somiglianza la quale è meramente categorica, perchè adoperata per semplice analogia.

De' 37 articoli che il codice di procedura ha dato per lo falso, nessuno può essere applicato al falso morale, per modo che questo resterebbe senza regola. Ma un tale voto non sarebbe forse il maggiore inconveniente; dappoichè quando anche volessimo affermarci, che tutta l'istruzione dovesse essere abbandonata all'arbitrio del giudice, sorgerebbe un'altra difficoltà, alla quale non si potrebbe dare veruna congrua risposta. Dal silenzio del legislatore si desumerebbe la doroa ad altri principi cardinali così dello stesso codice di procedura, come dello LL. CC.

Ne' primi cinque articoli la legge si occupa della preliminare disfida, la quale altro non è se non una avvertenza fatta al reo contra i supposti vizi dell'atto (1). Una tale avvertenza presuppone due cose, che l'atto abbia un vizio manifesto, il quale apparisce dall'originale e non dalla copia lasciata nell'intimazione; e che il giudizio intorno alla verità del documento voglia dalla copia portarsi all'originale. Siffatta precauzione è inutile, anzi interamente oziosa, giacchè l'atto che si vuol dimostrare moralmente falso è identico sì nell'una che nell'altro.

Ne' seguenti nove articoli la legge si occupa della presentazione de' documenti arguiti di falso, e della verificazione del-

lo stato materiale di quelli (2). Converrebbe qui supporre il legislatore, di cui la mente è la più perfotta tra quanti interpretano o comentano la legge, converrebbe dico supporlo non solamente improvido ma poco coerente, se questa parte della procedura, che suppone una scrittura viziosa, si volesse estendere a peccati dell'animo. Una tale procedura conterrebbe una inutile perdita di tempo, di alti e di spese, anzi un ammasso di atti estranei alla natura e allo scopo del giudizio.

Sin qua de' primi 14 articoli, o sia dal 309 al 323, i quali suppongono una procedura unica applicabile al solo falso materiale, e non al morale. Lo stesso dee dirsi degli articoli 331 e 332, che concernono le perizie ed il modo della comparazione delle scritture. Lo stesso dell'art. 336, nel quale il legislatore parla dell'esito del giudizio, e non antivede se non *soppressione, lacerazione, cancellatura in tutto o in parte, riforma e rinno-vezione di documenti dichiarati falsi*, cose tutte relative all'una e non all'altra specie di falso. Lo stesso degli art. 338, 339 e 340 relativi a' cancellieri ed agli obblighi loro imposti per la verificazione e per la conservazione de' documenti che formano parte del falso materiale, e non del morale.

Ora seguendo la minuta disamina degli altri 17 articoli, che rimangono nel *titolo decimo della falsità incidente*, un solo presta materia all'equivoco o sia alla confusione delle due diverse specie di falso. Questo è l'art. 327 nel quale è detto che *la sentenza ordinerà, che i motivi ammassati sieno provati o per documenti o per testimonj, o per mezzo di tre periti*. Gli altri 16 relativi tutti al modo come debbono i giudici pronunziare, sono conseguenze de' precedenti, e lasciano intatta la quistione, se cotesto giudizio incidente comprenda il falso *proprio*, o anche l'*improprio*. A buon conto dal perchè la legge ammette nel *proprio* due specie di prove, che

(1) Dall'art. 309 all'art. 313.

(2) Dall'art. 314 al 323.

potrebbero esser comuni pure all'improprio, si vuol desumere che il legislatore abbia incluso l'uno, e l'altro insieme. L'argomento è anticritico, antilogico, e antilegale.

Anticritico perchè staeca un articolo dal contesto degli altri, co' quali è strettamente connesso. *Antilogico* perchè trae conseguenza, come si suol dire dalla possibilità all'atto. *Antilegale* perchè si desumerebbe la legge capace di eludere in un luogo le disposizioni scritte in un altro. Tre sono in tutto il diritto, e diremo anche nella natura, le specie di prova: gl'indizi o presunzioni, i documenti o la prova scritta, e i testimoni. Ma non perchè queste sono le sole prove possibili, ne segue che tutti i fatti debbano o possano essere sottomessi allo sperimento delle prove anche quando la legge lo vieti.

Del resto lo stesso art. 327 non parla se non del falso materiale, e non può essere applicato al morale senza torturare ad ogni passo la lettera della sua disposizione. Ecco i argomenti.

1. Si ordina in primo luogo che i motivi sieno provati per documenti e per testimoni, salvo al reo il diritto di provare in contrario o di procedere alla verifica de' documenti impugnati come falsi. Adunque la legge non ravvisa in questo luogo, se non il falso materiale.

2.° Nel seguente art. 328 si stabilisce che sieno determinati dalla sentenza i fatti, circa i quali dee versar la prova, ma si soggiunge come eccezione o limitazione di tal regola, che potranno i periti fare su' documenti impugnati come falsi quelle osservazioni dipendenti dalla loro arte, che giudicheranno opportune. E qui ancora la legge non solamente associa l'idea della prova al falso materiale, ma ritiene come necessaria la connessione tra la prova e la perizia.

3.° Continua la legge a dire nell'artico-

328, che i testimoni saranno esaminati colle forme stabilite per gli esami, ma che i documenti impugnati come falsi saranno loro presentati, e da essi cifrati in ogni pagina. E quali documenti si presenteranno loro nel caso del falso morale?

4.° Nello stesso articolo è detto, che le scritture di confronto, e le altre le quali debbono essere presentate a' periti, potranno o in tutto o in parte essere mostrate anche a' testimoni; disposizione puramente inutile nel caso del falso morale.

5.° Si prevede nel seguente art. 330 che i testimoni per chiarimento della verità o della falsità de' documenti impugnati come falsi presentino altri documenti, o si dice che debbano rimanere alligati alle loro deposizioni. Ma come potrebbe un tal caso verificarsi fuori del falso materiale, e qual altro è il fatto nel quale il testimone potrebbe fare una prova *scriturale* in supplemento dell'*orale*? Una simile facoltà data a' testimoni in grazia del solo falso materiale, è in certo modo contraria alla generica disposizione dell'art. 366; nel quale è vietato a' testimoni di leggere o di preparare qualunque risposta scritta.

6. In conferma della precedente osservazione la legge vuole, che se i documenti presentati da un testimone facessero prova della falsità in verità di quelli che sono controversi, debbano essere presentati agli altri testimoni, il che è sempre estraneo e contrario al caso del falso morale.

7. Infine quella stessa connessione che si scorge nella legge tra la prova de' testimoni e la perizia, è ripetuta in tutte le altre seguenti disposizioni che concernono l'ufficio de' periti; per modo che in tutta la procedura della falsità incidente, e specialmente nella parte che riguarda le prove, risulta sempre come necessaria la correlazione tra documento e prova, e tra prova testimoniale e perizia.

IV.

Ma che dirassi se le regole del diritto civile intor al prove sarebbero interamente distrutte, quando la procedura ordinata per il falso materiale si applicasse anche al morale?

Sono tre principi cardinali del diritto civile, che l'autentico fa piena fede della convenzione che racchiude tra le parti contraenti (1); che per qualunque cosa oltrepassi il valore di cinquanta ducati

(1) Art. 1273 LL. CC.

non si ammetta veruna prova testimoniale (1); e che l'adempimento dello solennità richieste dalla legge per gli atti autentici di qualunque natura debba risultare dall'atto stesso, e non possa essere dimostrato con prove estrinseche (2). Eccezioni di queste regole sono i giudizi di nullità per simulazione, e di falso incidente civile pe' vizi materiali dell'atto. Se questo secondo caso si confondesse col primo, averrebbe cho senza impugnare l'atto di nullità, potrebbe ognuno abbattere la fede dell'atto autentico, o aprirsi l'adito a provare per testimoni l'obbligazione per la quale la legge esige la scrittura, o distruggere l'obbligazione scritta colle testimonianze non iscritte, o infine dimostrare con prove estrinseche il difetto di quello forme, che l'atto solenne attesta essere state adempiute. Ne avverrebbe che ciascuno senza provare il falso, avrebbe dalla legge stessa il mezzo da mettere in pericolo qualunque atto; e che mutato il nome del giudizio, e pronunziato appena le parole *iscrizione di falso*, gli sarebbe permesso quello che la legge rigorosamente nega nella sede del giudizio proprio.

Or tra le due specie di atti intorno alle quali versiamo scegliendo a parlar de' testamenti, vuolsi notare quanto la giurisprudenza sia stata fedele custode de' principi del diritto. Si è già osservato che nel caso del falso materiale intanto la

legge permette la prova testimoniale, in quanto il vizio dell'atto serve di principio di prova scritta contro al medesimo, e gli toglie la legale presunzione di cui gode. Coerentemente a tal veduta, nel caso della nullità d'un testamento per causa di demenza, o sia di assenza di volontà del testatore, la sana giurisprudenza de' tribunali francesi e napoletani non ammette prova per virtù dell'art. 817, se non quando dall'atto stesso traspiri il vizio della mente (3). Ora per quale inconsiderazione della legge e de' giureconsulti potrebbe senza alcun principio di prova scritta ammettere la prova testimoniale contro a' testamenti, sol perchè si ricorre al titolo del falso incidente? E come potrebbe giustificare la ragione della legge, se ella fosse stata meno provvida appunto dove esser doveva più cauta? Quale infine sarebbe la sorte de' testamenti, se usando d'un vocabolo più cho d'un altro, potessero ciascuno imprendere a dimostrare per testimoni estranei, che è falso tutto quel che il testatore e i testimoni hanno attestato? E siccome nella soluzione della quistione che abbiamo proposto dee si trovare un principio universale che comprenda tutti i casi, così basta trovare un inconveniente solo nella opinione che accomuna il falso morale al materiale, per desumerne che l'uno non può camminare colla regola dell'altro.

V.

La quistione intorno al falso morale fu da prima proposta da Thomines Desmazures, il quale la risolvetto negativamente, dappoichè prendendo questa specie di falso come sinonimo di simulazione, ereditte che la stessa necessariamente si risolve o in una azione civile di nullità, o in un'azione penale, di competenza dei giudici criminali. La sua opinione è stata in parte combattuta ed in parte seguita da Carrè, il cui ragionamento è pro-

prio solamente a dimostrare che doveva egli o accettare o rifiutare per intero il sentimento di Desmazures (4). Imperciocchè dopo aver detto, che il codice di procedura non fa distinzione tra l'falso materiale ed il morale soggiugne. « Noi partecipiamo dell'opinione di Thomines Desmazures per rispetto alla simulazione, ma pel caso solamente in cui non fosse stata praticata tra le parti in un atto nel quale sono ambe le parti intervenute; per mo-

(1) Art. 1295 LL. CC.

(2) Art. 1271 giunto agli art. 897 e seguenti. Art. 11 e seguenti della legge de' 23 novembre 1819 sul notariato.

(3) Arresto di rigetto della S. Corte di

giustizia nella causa del testamento della Contessa di Acerra.

(4) I. P. L. II. Tit. XI del falso incidente civile n. 867.

do che non si verificasse, che l'una per esempio avesse fatto sottoscrivere all'atto una cosa diversa da quello che intendeva sottoscrivere. Si vede in fatti che in questo secondo caso la simulazione formerebbe un falso morale, e darebbe per conseguente luogo all'iscrizione, siccome abbiamo detto di sopra.

« Per contrario se l'atto simulato fosse estraneo alla parte a cui si oppone; se per esempio si trattasse d'un atto di vendita simulato tra un debitore ed un terzo per sottrargli il pegno, il quale forma il soggetto dell'atto medesimo, non si potrebbe dire, propriamente parlando, che ci sia quel che si chiama falso. In tal caso l'eccezione di simulazione, opposta dal reo convenuto, formerebbe un incidente ordinario, contro del quale non ci sarebbe luogo ad iscrizione in falso ». Egli esclude dunque dalla regola stabilita da Thomines la sola simulazione intervenuta tra le parti contraenti. E però l'incidente civile sarebbe estraneo alle simulazioni commesse ne' testamenti, ed in ogni atto tra vivi simulato, purchè il querelante non ci fosse intervenuto. Laonde giovandoci anche dell'autorità di Carrè concordante con Thomines potremmo non indagare se giusta o non giusta sia. Ma per la verità noi non vediamo nè la ragione della differenza, nè i motivi pe' quali ha creduto che l'iscrizione convenisse al primo e non al secondo caso.

In primo luogo qualunque distinzione tra i diversi casi del falso morale sarebbe

contraria al codice di procedura, presupposto che si parli di ambe le specie; nè sappiamo intendere come lo stesso autore tema di offendere la legge quando si tratta di dividere le due specie di falso, e creda poi lecito il farlo, allorchè propone di suddividere i casi della specie inclusa. Ripetiamo che la soluzione del dubbio dipende da un principio universale, il quale o confonde, o separa le due specie.

In secondo luogo non sapremmo indovinare la ragione, per la quale concede la via del falso ad una delle parti intervenute nell'atto, e la nega al terzo, in danno del quale si fosse macchinata la simulazione. E nel caso in cui la concede, quale è la necessità di ricorrere all'iscrizione, se la legge accorda la prova testimoniale alle eccezioni di dolo, di violenza, di frode da una parte, e di errore dall'altra? Non sarà poi difficile dimostrare, che lo stesso dolo espositore della procedura francese, ha in un'altra questione riconosciuto la generalità di quella massima, che in questo luogo ha voluto limitare, ma di ciò diremo alquanto più appresso. In somma le limitazioni proposte da Carrè confermano il principio, e servono a dimostrare assolutamente vera la sentenza di Desmazures. E quantunque la sua autorità giovi alla questione generale ne' termini ne' quali è stata da noi proposta, al caso particolare di cui si tratta, pure per averla intera ci piace purgarla da' noi che ci è paruto scorgere nel suo ragionamento.

VI.

Sin qua abbiamo parlato dell'indole, o de' limiti del falso incidente civile. Presuppongasì ora che la legge non avesse fatta alcuna differenza tra l'materiale ed il morale. Quali saranno i requisiti che aver debbono le prove?

Due sono (al dire del celebre cancelliere d'Aguesseau) i caratteri che aver debbono le prove ne' casi ne' quali la legge le ammette, l'utilità e la possibilità. Parliamo per ora dell'utilità. Ella è la connessione tra l'atto che si ignora e le

prove risguardate come mezzi per conoscerlo, e però è detta anche *pertinenza*. Un tal requisito è comune ad ogni prova testimoniale, nel che concordano le disposizioni del Codice di procedura così nel titolo dell'esame de' testimoni, come in quello del falso incidente civile. Tali erano ancora le regole del diritto romano nel quale è detto: *erga probationem laborare non convenit, si licet probetur tactum, tamen intentioni nullum praebet adminiculum* (1). Quindi nella mate-

(1) L. 21 C. de probat.

ria del falso i motivi debbono essere conducenti a dimostrare l'alterazione della verità.

Ora da queste medesime definizioni risulta, che l'*utilità* o la *pertinenza* delle pruove del falso morale è di sua natura relativo alla qualità del documento che s'impugna, e del fatto, nel quale il falso è riposto.

Per dimostrarlo coll'esempio, quali sarebbero i motivi di pertinenza in una querela di falso morale diretta a dimostrare che fossero false le dichiarazioni fatte in un testamento, dal notaio, e da testimoni, e che la volontà del testatore fosse diversa da quella ivi espressa? Distinguiamo la forma dal tenore dell'atto.

Quanto alla forma, l'atto riposa sopra la presunzione della legge, ed una tal presunzione è fondata sopra l'adempimento delle forme, che il rendono solenne ed autentico. Da ciò segue che la pruova de' essere *utile* a distruggere la presunzione, o sia la fede dovuta a ciascuna della formalità, dal complesso delle quali risulta la verità legale dell'atto medesimo.

La prima di tali formalità è la sottoscrizione del testatore, il quale assicura non meno l'identità della sua volontà, che la verità di quanto è avvenuto sotto i suoi occhi. La ragione e la legge dicono, che tutte le altre forme sono accessorie di questa, che è la principale, e per verità sono state introdotte per la solennità più che per la verità dell'atto. Per la qual cosa quando il testatore abbia sottoscritto non solamente la volontà scritta, ma l'atto solenne che la contiene, la sua dichiarazione costituisce una di quelle verità le quali rendono impossibile la contraria pruova. Imperciocchè chi potrebbe redarguire di mendacio il defunto, o supporre in lui l'interesse di mentire a proprio danno; o di mostrarlo a se stesso contraddicente e quasi insensato?

E sin dove non andrebbe l'inverosimiglianza e l'impossibilità di questa pruova, se il testatore avesse con una mano tranquilla sottoscritto in più luo-

ghi la sua volontà, e con una mente ancora più serena aggiunto di tratto in tratto spiegazioni e postille alla disposizione prima dettata? A distruggere tali e tante pruove della verità ed identità d'un testamento così sottoscritto, la legge ha dato un mezzo solo, che è la pruova della demenza. E pure se l'atto stesso non contenga il principio di questa pruova, la legge la rifiuta come temeraria e calunniosa (1). Adunque chi volesse dimostrare falso un testamento sottoscritto, senza torre di mezzo il fatto, e la dichiarazione del defunto, presenterebbe una pruova incapace di distruggere le presunzioni che lo garantiscono, e per questo stesso *inutile* e non *pertinente*.

E circa il tenore dell'atto, se anche si potesse senza impugnare la capacità del testatore, spargere dubbi intorno alla verità della sua disposizione, cotali dubbi non mai potrebbero prendere il luogo della certezza, se non si dimostrasse da chi, per quale interesse, e con quali mezzi si fosse attribuita al defunto una volontà che sua non era. E siccome mancherebbe interamente la pruova della demenza, così converrebbe ricorrere alla circonvenzione o suggestione altrui. In questa ipotesi, fa uopo prima di ogni altra cosa allegare fatti tali, che provati possano seco trarre la nullità dell'atto. Imperciocchè non ogni suggestione rende nullo il testamento, ma quella solamente che sia dolosa ed artificiosa per modo, onde ne nasca l'*involtario*, per servirci dell'espressione d'un dotto scrittore francese nella materia de' testamenti (2). Ed intorno a ciò le leggi francesi sono concordi colle romane, per le quali la suggestione semplice non viaziava la volontà. L'ordinanza sopra le donazioni e i testamenti pubblicata in Francia nel 1735 voll'essere più rigorosa, lasciando aperto l'adito all'azione di nullità pel vizio di *suggestione* o *captazione*, ma l'esperienza dimostrò gl'inconvenienti di tal rigore. Per l'opposito nella formazione del codice civile erasi proposto un articolo, che apertamente escludeva la pruova della suggestione. Ciò non ostante si

(1) Vedi sopra a pag. 366.

(2) *Furges des testament chap. V.*

sect. 4. n. 25.

credette più saggia cosa il non compromettere la suggestione tra le cause di nullità, scegliendo la indiretta via del sileuzio, che scrivere nella legge un principio, il quale potesse incoraggiare un fatto riprovato dalla sana morale. Da questa storica esposizione de' motivi della legge Toullier conchiude.

« Tal è stato il motivo del silenzio della legge. Si è quindi domandato, se l'azione di nullità d'un testamento per causa di *captazione* e di *suggestione* sia oggi tolta. Si potrebbe con maggiore ragione domandare quale sia la legge che la permetto. Il Codice esige che il testatore abbia la mente sana, che la sua volontà sia libera, che non sia stato egli sorpreso o indotto in errore. Cotesi principi sono fondati sulla ragione. Ma la suggestione, la quale consista nella semplice persuasione, spogliata da frode e da dolo, non può essere un motivo d'impugnare un atto, perchè non distrugge la libertà, quando anche le carezze e le preghiere fossero vive, stringenti, reiterate, ed anche importune. Assai bene dice Maleville: » è permesso procurarsi liberalità per

» mezzo di carezze, di usai, di preghiere, e di doni: non v'ha che i mezzi fraudolenti, lo calunnie contro agli eredi naturali, le quali sieno riprovate dalla giustizia e dalla morale. In ogni altro caso la questione è se il testatore era o no imbecille, e se la sua volontà era libera » (1). E per verità lasciando stare ogni altro commento, la legge annulla i testamenti per suggestione, quando sia questa seguita dall'effetto, o sia ue' casi degli articoli 825 e 901, fuori de' quali confonde la suggestione cogli altri motivi pe' quali si può impugnare la sanità della mente del testatore (2).

Ora se si potesse allegare suggestione senza giudizio di demenza, e se si potesse trasportare al falso un giudizio di nullità, è manifesto che nel domandare la prova della suggestione, sia necessario addurre i fatti conducenti a dimostrare non meno l'autor della seduzione, che le pratiche fraudolenti ed artifiziose per le quali si è tolto al defunto l'uso della libera volontà, altrimenti la prova non sarebbe utile, e come tale non potrebbe essere ammessa.

VII.

Passiamo ora all'altro requisito delle prove, la *possibilità*, il giudizio della quale non ha altre regole se non quelle della sana critica. E siccome le regole dell'arte-critica sono sempre relative al soggetto a cui si applicano, così nella materia degli atti autentici, e soprattutto de' testamenti, esse nascono da' principi co' quali la legge garantisce la loro inviolabilità.

Il notaio fa piena fede delle cose che enuncia per cagione del suo ministero. L'adempimento delle solennità, delle quali la legge ha rivestito i testamenti, dee risultare dall'atto stesso e non dalle prove estrinseche. Le qualità naturali e civili, richieste nelle persone de' testimoni sono una cautela suppletoria della fede dovuta al notaio e delle menzioni espresse nello stesso atto. Tante presunzioni,

nelle quali è riposta l'autenticità non possono essere distrutte da testimoni volgari e comuni, se il giudice non abbia prima istituito nell'animo suo duo giudizi di paragone. Qual è il peso della prova che accompagna il testamento, e quale quello della prova che si offre per distruggerlo? Qual'è la causa di scienza che aver possono i nuovi testimoni, per contrapporla a quella che hanno i testimoni i quali sono stati presenti all'atto? E se il notaio alla qualità di pubblico ufficiale unisce anche quella d'un uomo d'incorruta fede e di notoria probità, quale testimonianza potrà distruggere il suo detto? E se i testimoni godano di altre presunzioni personali, le quali danno alla loro testimonianza un peso molto maggiore della comune; se essi sono stati le sole persone presenti all'atto; come si chiama-

(1) Toullier *L. III. cap. V. n. 714.*

(2) Art. 817.

ranno altri uomini avventizi ed ignoti, per ispargero dubbi sopra la verità d'un fatto che in se raccoglie tutti i caratteri della credibilità, e tutti i requisiti della fede umana? Si potrebbe in questi casi ripetere l'argomento che il cancelliere d'Agnesseau faceva contro la possibilità della prova della demenza d'un grande uomo o d'un insigne magistrato, il quale fosse trapassato nel pienissimo godimento dell'esistenza, e del rispetto de' suoi concitta-

dini. Potrebbe in questo caso ammettere la prova testimoniale contra una presunzione sì grave e sì invincibile? (1).

La conseguenza che vogliamo trarre dal citato esempio è, che nel giudizio della possibilità d'una prova entrano non solamente le presunzioni legali, le quali garantiscono l'atto, ma anche quelle dell'uomo circa la qualità della prova che si ha, e quella che si offre per distruggerla.

VIII.

Esaminiamo in ultimo luogo una questione, la quale rischiera le altre precedenti; e camminando sempre per la via delle presupposizioni, immaginiamo che il falso morale al pari del materiale entri possa nel giudizio d'incidente civile; che l'azione della nullità si possa scambiare col falso, che i motivi sieno *ammissibili, utili e possibili*; si domanda in termini generali, se questi motivi, senza rinvocare in dubbio la materiale verità d'un documento ferissero la persona del suo autore, possano essere esaminati nel giudizio d'incidente civile. In altri termini, può il tribunale civile ritenere la cognizione del falso, o dee rimandarla al tribunale criminale nel caso in cui la persona alla quale s'impota il falso, o come autore o come complice, sia noto e vivente? Una tal questione è stata uniformemente giudicata da' tribunali francesi, e può dirsi anche letteralmente decisa dalle disposizioni del codice di procedura civile, e delle leggi d'istruzione criminale giunte insieme. Per meglio dichiararne l'intelligenza, conviene distinguere due casi espressi così nell'una come nell'altra procedura.

L'art. 334 delle leggi di procedura civile statuisce: « risultando dal processo qualche indizio di falsità o di falsificazione, se gli autori o i complici vivono tuttora, e se l'azione criminale non è prescritta in virtù delle disposizioni delle leggi penali, il presidente riterà scerà mandato di accompagnamento contra gl'indiziati, e adempirà in que-

sto caso le funzioni di ufficiale di polizia giudiziaria ». E nell'articolo seguente si soggiugne: « nel caso dell'art. precedente verrà sospeso il giudizio civile in sino a che non sia stata data sentenza sulla falsità ». Qui la legge parla del caso, in cui dalle indagini intorno alla falsità materiale del documento si pervenga allo scoprimento del suo autore. Ed è questo uno degli argomenti per dimostrare che il titolo della falsità incidente è scritto per lo materiale e non pel morale. Ora il cennato art. 334 interamente ricavato dal codice francese ne trovava un altro corrispondente allo stesso caso nelle leggi dell'istruzione criminale, che è l'articolo 462 così conceputo: « Se una corte o un tribunale trovi nell'esame d'una causa, anche civile, indizi sul falso e sulla persona che l'ha commesso, l'uffiziale incaricato del ministero pubblico o il Presidente rimetterà i documenti al sostituto del Procurator generale presso il giudice d'istruzione o del luogo dove parrà essere stato commesso il delitto, o del luogo dove l'imputato potrà esser preso, e potrà anche rilasciare il mandato d'accompagnamento ».

Ma l'enunciato articolo è preceduto da un altro, che è al n. 460, e di cui il tenore è: « Se la parte che ha redarguito di falso il documento sostiene, che il producente non è l'autore o il complice, o se risulti dalla procedura che l'autore o il complice del falso sia vivente, e la ricerca del misfatto non sia

(1) Merlin *quest. de Droit. V. Testament. § III.*

» estinta dalla prescrizione, l'accusa sarà
 » proseguita criminalmente colle forme
 » di sopra stabilite. Se la causa è intro-
 » dotta nella via civile, si soprassederà
 » dalla sentenza insino a che non si pro-
 » nunzi sul falso ». Cotesto articolo non
 » aveva altra disposizione che gli corri-
 » spondesse nella procedura civile; ed è
 » questo un altro argomento per dimostra-
 » re, che la procedura criminale è scritta
 » così per lo falso materiale come per lo
 » morale, mentrèchè la civile è relativa
 » al solo materiale. L'argomento che si ri-
 » cava dal paragone dell'una e dell'altra
 » procedura è comune alla francese ed alla
 » nostrale, tra perchè questa è un ritrat-
 » to di quella, e perchè la distinzione de' due
 » casi è espressa anche nelle nostre leggi,
 » comunque sieno diversi i termini e l'ordi-
 » ne delle materie seguiti nel codice di pro-
 » cedura penale del 1819. L'art. 448 di
 » questo codice contiene la stessa disposi-
 » zione dell' art. 462 del codice d'istruzione
 » criminale, mentrèchè la disposizione
 » dell'art. 460 del francese è stata traspor-
 » tata in termini più generici nell'art. 24
 » al capitolo de' rapporti e delle denunce.

Premesse queste cose intorno alla dif-
 » ferenza de' due divisati casi, veggasi come
 » gli espositori della procedura hanno una-
 » nimemente risoluto la proposta quistione.
 » Carré dice: « La corte di Rennes cre-
 » dette dovere rimandare la causa prima
 » delle difese. Noi pure crediamo con
 » tutti i comentatori del Codice d'Istru-
 » zione criminale, che nel caso in cui
 » l'attore nel falso sostenga essere auto-
 » re o complice colui, il quale ha pro-
 » dotto il documento, il ministero publi-
 » co si trova nell'obbligo di richiedere il
 » rinvio, ed il tribunale di pronunziarlo.
 » Infatti l'art. 460 (cod. d'istruzione cri-
 » minale) contiene una disposizione ge-
 » nerale, che non è permesso di elude-
 » re. Questo articolo (che l'autore inse-
 » risce) è formale: non lascia alcun dub-
 » bio intorno all'obbligo di rimandare la
 » causa al tribunal criminale quando la
 » parte che redarguisce di falso, accusa
 » colui che ha prodotto il documento d'es-
 » serne l'autore o il complice: è una ve-

» ra denuncia, per la quale si provoca
 » l'azione del pubblico ministero: quindi
 » non appartiene ad alcun tribunale l'ar-
 » restarne il corso.

» Ma osserviamo bene il secondo caso
 » in cui è detto *se risulta dalla proce-*
 » *dura* ec. Qui la legge non suppone de-
 » nunzia d'una delle parti; e a meno
 » che il ministero pubblico non richieda
 » il rinvio, fondandosi sopra scbiari-
 » menti raccolti d'un modo qualunque
 » fuori dell'istruzione, noi non crediamo
 » che il tribunale dovrebbe ordinario
 » prima di aver inteso le difese sopra i
 » motivi di falso, i quali solamente pos-
 » sono somministrare gl'indizi che auto-
 » rizzano il rinvio. Altrimenti si pronun-
 » zierebbe di un caso diverso da quello
 » che suppongono, e la seconda parte
 » dell'art. 460 del codice d'istruzione, e
 » l'articolo 239 del codice di procedura
 » civile, il quale non prescrive il rinvio
 » se non in quanto *risultino dalla pro-*
 » *cedura* indizi contro una persona vi-
 » vente. Bisogna dunque necessariamente
 » che il tribunale senta le difese so-
 » pra i motivi del falso (1).

Merlin dopo avere la prima volta sta-
 » bilita questa dottrina in proposito delle i-
 » scrizioni in falso contra i processi verbali
 » delle contravvenzioni doganali, credette
 » necessario ampliarla ne'suoi *supplimen-*
 » *ti*, e formarne una regola generale, in
 » sostegno della quale citò moltissimi ar-
 » resti della corte di cassazione di Francia.
 » La regola generale che egli stabilisce è,
 » che il giudice civile dopo aver conosciuto
 » della pertinenza de' motivi di falso, dee
 » rimandarne la cognizione alla giustizia
 » criminale propriamente detta. « Questa
 » è, soggiunge, la conseguenza necessa-
 » ria dell'art. 239 del Cod. di procedura
 » civile, e dell'art. 460 del Codice d'i-
 » struzione criminale. Così è stato giu-
 » dicato con più arresti della Corte di
 » Cassazione riportati nella mia raccolta
 » delle quistioni di diritto alle parole *in-*
 » *scrizione in falso*, ed a quali bisogna
 » aggiungerne uno de' 2 agosto 1822 ».
 » Di tale arresto basta citare la parte che
 » concerne la presente quistione. « Atte-

(1) Carré all'art. 214 quist. 860.
 V. anche la quist. 869 all' art. 215 e

la quist. 939 all'art. 239.

sochè avendo la Corte riconosciuto che i motivi erano pertinenti, doveva perciò soprassedere dall'istruzione e dalla sentenza del delitto imputato *ad Ominus* in sino a che fosse statuito come di diritto sulla prevenzione di falso; che risultava dall'iscrizione in falso; che non poteva essere statuito su questa prevenzione colle regole del falso incidente; che non poteva procedersi so non con quelle determinate dal codice d'istruzione criminale per la perseguzione de' misfatti; attesachè nella specie la Corte Reale di Colmar non si è limitata a dichiarare pertinenti i fatti del falso, ma si è fatto lecito anche ordinare, che si sarebbe da lei proceduto all'esame dell'iscrizione del falso, e se ci fosse luogo anche a quello del merito; nel che la corte ha violato le regole di competenza stabilite dall'art. 460 del Cod. d'istruzione criminale; per questi motivi la Corte cassa ed annulla la decisione pronunziata dalla Corte Reale di Colmar, camera degli appelli ec. (1).

Ora per attaccare le ultime parti del nostro ragionamento alle prime, e per dimostrare l'unità del principio, dal quale dipende la risoluzione della quistione intorno alla natura del falso incidente civile, domandiamo perchè il falso morale che versa circa il fatto e l'intenzione dell'autor vivente sia di competenza de' tribunali criminali? La risposta è, perchè dalla cognizione del delitto dee discendere a quella della verità del documento, o non già dal documento si dee salire allo scoprimento dell'autore. Quindi o il falso morale costituisce una semplice azione di nullità, o contiene un delitto. Nel primo caso il falso incidente non solamente è superfluo, ma è un rimedio improprio. Nel secondo non può conoscerne il giudice civile ma il criminale.

Ma potrebbe dirsi che il caso del delitto sia una eccezione della regola generale? Cotesta risposta distrugge l'unità e

la generalità del principio, dappoichè bisognerebbe dire, che una parte del falso morale entri nell'incidente, ed un'altra nel principale. E come distinguere una tale parte, se fosse disputata la qualità di delitto? Sarebbe più assurdo scindere la quistione, che risolverla nettamente per l'una o per l'altra parte. Per la qual cosa Carrè, che ha sì lucidamente illustrato la quistione presente, ed ha escluso dall'incidente il falso che nasce dal delitto, non ha osservato la connessione che lega questa a quella del falso morale (2).

Del resto checchessia della tesi generale, tornando alla specie del delitto, è manifesto che l'incompetenza de' tribunali civili risulta non meno dalla lettera e dallo spirito delle leggi positive, che dalle seguenti ragioni generali.

La cognizione de' delitti forma una competenza di materia, incapace di qualunque prorogazione di giurisdizione.

Così la cognizione come l'istruzione dei delitti è subordinata ad alcune determinate forme, estranee a' giudizi civili.

Il pubblico interesse del pari che i diritti personali degli imputati esigono, che nè la cognizione, nè l'istruzione del delitto sia preoccupata o pregiudicata dal fatto di altre autorità estranee, il che avverrebbe se la reità o l'innocenza formasse il soggetto d'un preliminare giudizio civile.

Nel nostro ordine de' giudizi è stabilito per assoluta e general regola, che il giudizio penale assorbe il civile.

Infine tutte l'esposte ragioni sono altrettanti motivi d'ordine pubblico, al quale non può mai derogare l'interesse o il fatto de' privati.

La conseguenza di tutte le osservazioni sin qua esposte è, che comunque si ammettesse una assoluta promiscuità tra il falso materiale e il morale, il giudice civile diverrebbe incompetente quando nel così detto falso morale si contenesse, o per meglio dire si supponesse il delitto.

(1) *Merlin T. XVI: addition inscription de faux* §. 7. pag. 426.

(2) V. sopra a pag. 367.

CONSULTAZIONE (XV.)

SE PER DIRITTO ANTICO DAVASI NELLE IPOTECHE NOVAZIONE DI CONTRATTO
QUANDO IL CREDITORE NON AVESSE ESPRESSAMENTE RINUNZIATO
ALLA PRIMA IPOTECA CONVENUTA ?

I.

Interrogati intorno alla enunciata questione, si è da noi riposto quanto appresso: Era un diritto speciale nell'ipoteca, ebe quando anche il primo contratto fosse dal secondo novato, se in questo fossero stati obbligati gli stessi beni, ch'erano in quello ipotecati, ferma rimaneva l'antiorità o sia l'ordine dell'antica ipoteca. Cotesta dottrina nasce dalla legge di Papiniano, che è la terza *D. qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur*, dove è detto: *creditor acceptis pignoribus quae secunda conventione secundus creditor accepit, novatione postea facta, pignora prioribus addidit: superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedenti*.

Il senso di questa legge fu malamente inteso da' greci basilici, e da molti do'latini ebiosatori, ma fu egregiamente restituito da Cuiacio, anche colla guida di un altro responso dello stesso Papiniano riferito da Marciano nella legge duodecima dello stesso titolo, nella quale è detto: *Papinianus libro xi respondit, si prior creditor postea novatione facta eadem pignora cum aliis accepit, in suum locum eum succedere* (1). Il caso dunque della legge è che la novazione fu fatta dallo stesso creditore il quale nel secondo contratto stipulò l'ipoteca de' beni medesimi, che aveva avuto nel primo ed a quelli altri ne aggiunse. Ond'è che Gotofredo ponendo anche a questo modo la

specie del caso, riduce la legge a regola ne' seguenti termini: *pignora in obligatione novante repetita, intelligi repetita cum privilegio ordinis* (2), o *sua novatione obligatio mutatur, superioris temporis ordo non mutatur* (3).

La ragione poi della legge è, che il creditore ripetendo nel secondo contratto quel che aveva già dal primo, non abbandona il suo diritto ma lo ritiene ed il conferma, e però si presume che succeda per virtù della seconda obbligazione nello stesso suo luogo. Una tal ragione è conforme alle regole così della giustizia come della buona fede, dappoichè la quietudine dell'ordine nell'ipoteca importa non al debitore, ma a' terzi, sì che sarebbe assurdo il presumere che il creditore si spogliasse di quel che aveva per farsi riconcedere la stessa cosa, e ciò in beneficio non del debitore, ma degli altri creditori; o in altri termini non si può presumere ch'è volesse egli col suo danno render migliore la condizione de' ereditori a se posteriori. Cotesta sentenza fu seguita non solamente dal nostro Foro, ma sì bene da' giureconsulti di altri paesi ne' quali non vivevasi col diritto romano.

Antonio Fabro, che tanto sostenne la novazione tacita per effetto dell'incompatibilità degli atti, conviene intorno all'ipoteca non darsi novazione, quando ci sia stato ripetimento di beni dati nel primo o sia in quello novato: *cum certi juris sit priorem creditorem, qui postea*

(1) §. 5 della legge 12.
V. Cuiacio observ. lib. XI. Edit. Neap. tom. III, col. 320.

(2) Gothofr. alla legge 3, n. 24.
(3) Gothofr. alla legge 12 n. 22.

*novatione facta eadem pignora accepit, sibi ipsi in suum locum succedere, et superioris temporis ordinem retinere (l. 3 in princ. l. creditor 12 §. Papinianus D. qui pot. in pig.) (1). Il cardinal Mantica: prior etiam creditor potest succedere in locum sui ipsius, si debitum antiquum novandi animo stipuletur, et repetat priora pignora; quia haec repetitio intelligitur facta cum prioritatem temporis in praejudicium secundi creditoris (L. creditor acceptis D. qui pot. in pig.) (2). E qui senza correre dietro all' infinito notiamo che la stessa regola è stata riguardata come una inconcussa dottrina da tutti gli autori che hanno scritto ad uso della materia della collocazione dei ereditori, quali sono il Negusanzio, ed il Salgado (3). Aggiugneremo soltanto che il nostro Niccola Vincenzo Scoppa negli scoli alle controversie forensi del reggente Merlino derivò la medesima dottrina dalla legge undecima *de pignoratitia actione*, nella quale è detto, *novata debiti obligatio pignus perimit, nisi convenit ut pignus repetatur*. Tanto è spiegare che novata l' obbligazione resti ferma l' ipoteca, quanto ripetere l' ipoteca col primo atto pattuita (4).*

La dottrina sin qua esposta è tanto uniforme ai principi dell' equità e della buona fede, che sonni nella stessa scontrati anche gli scrittori i quali non l' hanno derivata da' cennati luoghi del diritto romano. Il celebre Carlo Molino esclude dalla novazione l' ipoteca anello per legali presunzioni desunte dalla natura dell' atto. Tal' è quella, che la novazione non ha avuto

per fine l' ipoteca, ma l' obbligazione, e che l' atto non mai de' essere operativo di effetti che oltrepassino l' intenzione degli agenti (5). La stessa opinione tenne Basnage nel trattato delle ipoteche (6).

In fine Merlin riferisce un antico arresto de' parlamenti di Francia dell' anno 1602 il quale può somministrare un doppio argomento alla presente quistione. Erasi fatta la novazione senza menzione di altra ipoteca ed erasi soltanto detto che mediante il secondo il primo restar dovesse come nullo e di niun effetto. Disputossi dell' ordine dell' ipoteca e si pretese negare al creditore quella che aveva col primo ricevuto. Il parlamento giudicò per la sua efficacia per due ragioni: l' una che la parola *medianse (moyennant)* formasse condizione, cioè che in tanto il primo dovesse aversi per nullo, in quanto potesse valere il secondo: l' altra che restando ferma la prima causa dell' obbligazione, non si potesse presumere la novazione a rispetto dell' ipoteca (7).

Dalle autorità esposte dunque, e dalle ragioni tutte che quelle sostengono, pare potersi inferire che la novazione per le leggi antiche non colpisse l' ipoteca insieme col contratto per lo quale era stata pattuita, ma che ripetuta nel secondo contratto che aveva prodotto la novazione; dovesse conservare lo stesso grado che prima aveva, non altrimenti che se fosse una riserva della quale il creditore avesse voluto premunirsi; riserva che leggi nuove vogliono espressa, per poterne derivare la conseguenza che la novazione non abbia fatto estinguere l' ipoteca.

(1) *Conjecturarum lib. II Cap. X n. 5.*
(2) *De tacit. et ambig. lib. XI Tit. 28 n. 17.*

(3) *Negusanzio de pignor. III membr. VI princip. n. 7.*

Salgado Labyrinth. credit. P. III Cap.

XIII n. 92 e seg.

(4) *Scoppa ad Merlin. contror. 36 n. 13.*

(5) *Tractat. contract. usur. Quaest. XV.*

(6) *Parte I Cap. 17.*

(7) *Répertoire novation §. VI.*

CONSULTAZIONE XVI.

IL TESTAMENTO OLOGRAFO, PRESUPPOSTANE LA VERITÀ, FA FEDE DELLA DATA COME D'OGNI ALTRA PARTE DELLA VOLONTÀ DEL SUO AUTORE.

Si è disputato se un testamento olografo, posteriormente rivestito di forma mistica, il quale sia stato legalmente riconosciuto; faccia fede della data come di

tutte le sue parti, ovvero sia ammissibile la prova relativamente al fatto possibile che il testatore abbia voluto apporvi una antidata.

I.

Nell'esaminare le questioni che possono nascere intorno al valore ed all'efficacia de' testamenti olografi v'ha una distinzione a fare tra l'esistenza e la solennità loro, dappoichè esse sono l'una affatto diversa dall'altra, sarebbe vizioso anzi falso ogni argomento che da quella a questa si traccasse. Diamo anzi che dal non essersi a tutti presentata colla stessa chiarezza una tal differenza, è nata tra i minori scrittori del foro una verità di opinioni che si è poi comunicata a' giudici ed a' *decisionisti*; ed aggiungiamo altresì che questa e non altra è la cagion dell'errore di chi sostiene l'ammissibilità della prova circa la data in così fatta specie di testamenti.

E incerta l'esistenza del testamento olografo insino a che la scrittura del testatore non sia riconosciuta dall'erede legittimo, o non sia legalmente dichiarata vera. Ma quando la scrittura sia riconosciuta o verificata, dovrà il testamento averli come atto solenne, o come atto privato? Il dire che non è solenne, perchè può essere incerta la sua esistenza, contiene un doppio errore, logico l'uno, legale l'altro. La solennità è sempre un accessorio della verità, e così nell'olografo come nel mistico e nel pubblico non si discende alla solennità, se non presupposta o stabilita prima la verità.

Nella stessa questione dell'esistenza del testamento olografo, o sia della verità della scrittura non deesi confondere la

natura di quest'atto con quella degli atti tra vivi, nè puossi a quello applicare tutte le disposizioni del diritto civile a questi relative. Cotesta seconda differenza nasce dalle forme e dagli effetti diversi per l'uno piucchè per gli altri, il che appunto costituisce la particolare loro natura. L'articolo 895 delle leggi civili forma della scrittura di mano del testatore una condizione della validità ed efficacia del testamento olografo, dappoichè è così conceputo: *il testamento olografo non è valido se non è scritto interamente, datato, e sottoscritto di propria mano dal testatore: questo testamento non è soggetto ad alcun'altra formalità*. Ma lo stesso codice civile presupponendo sempre la verità della carta, dispensa l'erede scritto dall'obbligo di sentire l'erede legittimo, ed adempite le formalità dell'apertura gli accorda il beneficio dell'*immisazione in possesso*, o sia dà al testamento olografo la parata esecuzione (1). Per l'opposito negli atti tra vivi la legge esige che la scrittura privata sia preliminarmente riconosciuta, e non lo dà efficacia contra i terzi, se non dal giorno in cui sia la sua data divenuta certa (2).

Ora chi volesse interamente assimilare il testamento olografo alle scritture private, confonderne gli effetti, ed esigere indistintamente per tutte le medesime formalità, supporrebbe nella mente del legislatore idee incompatibili e ripugnanti tra loro. Avrebbe egli ordinato la parata

(1) Art. 933 e 934 delle LL. CC.

(2) Art. 1276, 1277 e 1282 LL. CC.

esecuzione d' un atto incerto, e avrebbe o inconsideratamente derogato alla regola generale della certezza della data, o richiesto che un atto segreto e revocabile fosse renduto pubblico ed a tutti palese.

Seguitando ad intrattenerci della prova della verità del testamento olografo, la sua verificazione può esser fatta tanto in vita quanto dopo la morte del testatore. La legge non vieta nè vietar potrebbe che ciascuno assicuri l' esecuzione della sua volontà, antivegga la mala fede dei suoi successori, e prevenga le ingiustizie. Laonde se dopo aver fatto un testamento olografo voglia faro una solenne ricognizione della sua scrittura, e la faccia in presenza d' un pubblico ufficiale, non si può certamente negare che il suo testamento abbia acquistato per un secondo fatto dello stesso testatore la qualità di pubblica scrittura, a tenore dell' articolo 1276 delle leggi civili. In questo caso sarebbe adempiuta la condizione della verità presupposta dalla legge, ed il testamento olografo per la formale ricognizione del suo autore sarebbe divenuto un atto non solamente solenne per se stesso, ma riconosciuto e pubblico. Per meglio assicurare la certezza di questa conclusione, gioviamoci dell' autorità d' un insigne giureconsulto francese che ha dato a tutti norma nella materia de' testamenti. *Furgole* dico che la ricognizione de' testamenti olografi può esser fatta in due modi, o dal testatore stesso, o dopo la morte di lui dagli eredi: « il primo dal testatore stesso che compare innanzi a qualche persona pubblica, come ad un

giudice unito al cancelliere, o ad un notaio in presenza de' quali riconosce la sua scrittura. Dopo di essersene formato o dato atto secondo la forma usitata nel luogo dove si fa la ricognizione, il testamento diviene una scrittura pubblica (1) ».

Le sole generalità sin qua esposte basterebbero a risolvere la presente questione. Si è premesso che il testamento olografo di cui si ragiona, rivestito posteriormente di forma mistica, sia stato formalmente riconosciuto; niun dubbio dunque sulla sua verità o esistenza. Ma si disputa su di questo che, il testamento vero in tutte le sue parti, non faccia la stessa fede della sua data, potendo avvenire che il testatore abbia voluto apporvi un' antidata o per favorire chi trovavasi incapace nel tempo in cui fu scritto il testamento, o anche per sanare la incapacità di cui egli stesso era affetto al tempo in cui scriveva la sua volontà. Per ammettere la prova di questo fatto bisogna prima concepire come possibile che la data sia supposta e tutto il rimanente vero, ed indi stabilire la massima, che il testamento olografo, anche legalmente riconosciuto dal testatore non faccia fede della sua data; il che è contrario tanto a' principi del diritto, quanto all' univoca giurisprudenza del foro, la quale rimane comprovata dall' autorità de' giureconsulti e de' tribunali francesi a' quali si vuole unicamente ricorrere per dimostrare l' efficacia d' un atto, che non ei viene da altra fonte, se non dalle leggi e dagli esempi loro.

II.

La parte di Francia che viveva colle sue consuetudini tolse ad esempio dal codice teodosiano la nota novella di Valentiniano III, la quale a tutti permetteva e raccomandava l' uso del testamento olografo per le ragioni in quella legge espresse: *cunctis nos licentiam tempusque largimur, ut voluntatem quam de rebus suis conceperint, frequenter scribant, frequenter retractent, frequenter emen-*

dent, ut quot voluerint diebus in tanta praesertim causae meditatione versentur. Haec enim deliberatio nihil immaturum relinquit, cui licet sua dictata corrigere (2). Per contrario i così detti paesi di diritto scritto seguirono la novella CVII di Giustiniano il quale restrinse la forma olografa a' soli testamenti *inter liberos*. L' ordinanza di Luigi XIII del 1629 volle rendero generale a tutta la Francia la

(1) *Traité des testaments Chap. II. Sect. VI n. 1.*

(2) *Cod. Theod. tit. de testam.*

cennata forma, ma il parlamento di Tolosa ne limitò coll' editto di registrazione l'esecuzione a soli paesi di consuetudine, lasciando intatta la novella di Giustiniano pe' paesi di diritto scritto. Intanto è notabile che sotto l'impero di alcune delle consuetudini e dell'ordinanza del 1629, non era per la validità del testamento olografo necessaria la data, come per esempio nella consuetudine di Parigi, nella quale era detto: *un testamento per essere reputato solenne, bisogna che sia scritto e sottoscritto dalla mano del testatore* (1). Per la qual cosa i giureconsulti di quel tempo manifestavano il voto che una legge aggiugnesse a quelle quest'altra solennità, per evitar le frodi del pari che le quistioni, che frequentemente nascevano intorno alla capacità de' testatori. Sentivano essi l'inconveniente, che uomini incapaci di disporre potessero impunemente eludere la legge, o risguardavano la solennità della data come il mezzo più atto a prevenir la frode. La testimonianza del celebre Ricard dimostra non meno lo stato anteriore all'ordinanza del 1733, che lo scopo del desiderato rimedio: « non v'ha ombra di ragione, egli dice, per distinguere i testamenti olografi dagli altri, perciocchè essi non esigono meno la capacità del testatore nel tempo in cui son fatti, che gli altri: solennizzati innanzi a pubbliche persone; per modo che vi ha ugual necessità di sapere per quelli il tempo nel quale il testamento è stato fatto e per conoscere se il testatore fosse allora in età di testare, o se ci fosse qualche altro impedimento nella sua persona (2) ». E rispondendo a coloro i quali credevano non essere la data sufficiente a prevenire l'abuso dell'antidatata, soggiugne: « non si de' obbiettare che essendo il testatore l'assoluto autore dell'atto di questa specie, giacchè dipende unicamente dalla sua persona, sia in sua potestà il dargli la data che più gli piaccia; giacchè non sola-

mente la legge ed il pubblico non debbono giammai supporre la falsità negli stabilimenti ch'essi fanno, ma per prevenire le falsità o le suggestioni (per evitar le quali le suddette formalità sono state introdotte) importa che la data vi sia conservata; perchè questo è il principal mezzo per cui si possono impedire le supposizioni, spesso intervenendo che la data serva di lume e di bussola per iscoprire ciò che v'ha di vizioso in un testamento (3) ».

Sin qua di quelle consuetudini che non ravvisavano come necessaria la data. Altre per l'opposito la esigevano come quelle di Normandia, le quali volevano che il testamento olografo, col quale disponevasi della terza parte de' beni acquistati durante la comunione coniugale, per esser valido, dovess'essere scritto tre mesi prima della morte del testatore (4). In fine una generale costumanza richiedeva che i testamenti de' novizi fossero pubblicati prima della loro professione, altrimenti sarebbero nulli. A tutti gli esposti casi debbono essere riferiti gli esempi delle cose in Francia giudicate e le opinioni de' interpreti per rispetto alle antidate de' testamenti olografi.

Il primo esempio ci è dato dal chiaro Basnage: « non è affatto ammissibile, ei dice, la pruova che il testatore abbia antidatato il suo testamento olografo: ciò sarebbe fare ingiuria al defunto; il che non è da ammettersi per la parte d'un erede... Questa quistione si offerse alla udienza della corte tra gli eredi di Nicola Duchemin signore de la Vaucelle appellanti, ed i legatari del defunto il quale aveva loro dato con testamento 150 lire di rendita, parte de' suoi acquisti. Il testamento ora scritto e segnato dal defunto: gli eredi volevano provare che il defunto aveva antidatato, e che sebbene il testamento fosse stato fatto nel mese di maggio, un mese prima della sua morte, egli vi aveva messo la data de' 20 marzo 1620.

(1) Art. 289, riportato da Merlin *Repert. V. testament. Sect. II. § IV. art. IV.*

(2) *Traité des donat. et testam. P. I. Chap. V. n. 1560.*

(3) *V. Merlin Repert. Additions T.*

XVII. V. Test. pag. 792.

(4) Art. 422 della consuetudine di Normandia in Merlin luogo citato.

V. anche l'articolo 74 dell'ordinanza del 1735, relativo all'art. 422 della consuetudine di Normandia.

I legatari sostenevano l'inammissibilità di cotai prove. Il giudice di Saint Lô aveva ordinato che il testamento fosse eseguito su' mobili e sugli acquisti. La corte con arresto de' 22 giugno 1622 confermò la sentenza, e condannò gli eredi alle spese per avere ingiustamente disputato il testamento del defunto ».

Brillon ci dà il secondo: « a' 28 giugno 1700 la Auvergne fece in Parigi un testamento olografo col quale dispose di tutta l'eredità. L'indomani essa fece professione. Due mesi dopo Maingny depositò questo testamento presso il notaro Savallette senza dire da qual'epoca eragli stato consegnato. L'atto di deposito fu semplice e privo di circostanze: il testamento è contrastato: sentenza del tribunale del Castelletto di Parigi nel 1714 a rapporto di Le Febvre de la Malmaison, con cui è dichiarato valido il testamento, e questa sentenza venne eseguita ».

Merlin ci somministra il terzo: « Cristoforo Millon era stato interdetto. Dopo la sua morte compare un testamento olografo, la data del quale rimontava ad epoca anteriore alla sentenza d'interdizione. Gli eredi ne sostenevano la nullità per diversi motivi, e precisamente per la mancanza di autenticità della data. Una sentenza del tribunale di Parigi de' 29 maggio 1717 lo dichiarò nullo. In grado di appello la causa fu trattata, e tutti votarono per la validità del testamento con arresto de' 14 agosto 1719 ».

Contro l'autorità de' citati esempli si suole addurre un altro riferito da *Rousseaud de la Combe*, dal quale potrebbe forse alcuno desumere argomenti contrari al principio che da noi si vuol sostenere. Il riferito arresto de' 6 febbrajo 1673 giudicò nullo il testamento d'un novizio non pubblicato prima della sua professione, quistione affatto diversa dalla presente; perchè dove la legge ordina la pubblicazione dell'atto, cessa la ragion che si desume dalla sua data, perchè la disposizione della legge relativa ad un caso speciale non può esser estesa agli altri casi non espressi, e finalmente perchè dove l'eccezione nasce da ragioni non comuni alla regola, non è permesso distrugger

questa per analogie desunte da quella. Del resto essendo Merlin l'antesignano della nostra opinione, gioverà rispondere colle stesse sue parole all'allegato esemplio del 1673: « Un talo arresto non fu pronunziato se non in quella specie di fatto: due circostanze necessariamente lo restringono alla sola specie di cui fu giudicato. La prima è che dopo la professione della religiosa e la data del suo testamento insino al giorno in cui fu pubblicato eran passati cinque anni, senza essersi addotta altra causa del ritardo se non la volontà della stessa religiosa. La seconda è che la religiosa era rimasa sempre in possesso del suo testamento, e però padrona di annullarlo. Quindi giudicossi e tutti convennero che una religiosa la quale conserva il suo testamento per lo tempo di cinque anni di professione, e poi lo rende pubblico, in certo modo dispone di nuovo de' suoi beni, e ciò in un tempo in cui è incapace. Si conosce altresì che dal trascorrimento di cinque anni, nel corso de' quali niuna cagione di ritardo era sopravvenuta, dovevano nascere ragionevoli sospetti contro dell'atto. Costo arresto dunque niente giudica in generale (1) ».

Le conseguenze che si ricavano da questo primo periodo della giurisprudenza francese sono, 1. che il testamento olografo era dalla legge dichiarato *atto solenne*, 2. che la data fu richiesta dal voto de' giuriconsulti come una solennità propria a prevenir la frode, 3. che il testamento olografo fece sempre fede della sua data in tutti i casi ne' quali la quistione dell'antidata implicitamente racchiudeva quella della capacità del testatore, 4. che si credette alla data del testamento olografo, anche quando la legge (la quale stabiliva un intervallo tra l'testamento e la morte) apriva in certo modo l'adijo alla frode, 5. che la data fu riguardata come autentica anche ne' testamenti de' religiosi, come ove la legge esigesse la pubblicazione, 6. che della certezza della data si dubitò solamente per circostanze di frode, quando il testamento non pubblicato prima de' voti solenni e ritenuto da' religiosi professi, uscì dalle loro ma-

(1) *Merlin Repert. V. testamenti sect. 2 § 4, art. 4.*

ni nel tempo della già contratta incapacità.

Questo sunto non pertanto dell' antica giurisprudenza concerne i soli testamenti olografi non riconosciuti nè pubblicati; dappoichè nessuno avrebbe osato rievocare

in dubbio la loro data, nè sostenere l'incapacità del testatore, se conformemente a quanto si è da principio presupposto il testamento fosse stato pubblicamente riconosciuto, e rivestito d' una forma più apparentemente solenne.

III.

L'ordinanza del 1735 soddisfece il voto de' giureconsulti, avendo cogli articoli 19 e 20 prescritto la solennità della data: *L'uso de' testamenti de' codicilli e delle altre ultime disposizioni olografe continuerà ne' paesi a ne' casi, ne' quali sono stati ancora ammessi: i testamenti, i codicilli e le disposizioni mentovate nel precedente articolo saranno interamente scritte datate e sottoscritte dalla mano di colui o di colei che le avrà fatte* (1). Volle quella legge altresì dirimere le antiche controversie della giurisprudenza a rispetto de' testamenti de' professi con voti solenni; e però nell' art. 21 dispone come segue: *Quando quelli o quelle che avranno fatto testamenti, codicilli o altre ultime disposizioni olografe, vorranno fare voti solenni di religione, saranno tenuti di riconoscere i detti atti innanzi a notai, prima di fare i cennati voti; altrimenti i cennati testamenti, codicilli, ed altre disposizioni resteranno nulli e di niun effetto.*

È manifesto che le disposizioni de' riferiti articoli non si scontrino insieme. I primi stabiliscono la regola generale per la forma e per l'efficacia de' testamenti olografi, conservando la qualità di atti solenni che loro dava l'articolo 289 della consuetudine di Parigi; l'ultimo vuole che sieno pubblicati prima del cangiamento di stato. La necessità della pubblicazione è un antivedimento del legislatore per evitare la frode nel solo caso, in cui il testatore venga volontariamente a contrarre l'incapacità civile: è un limite tra le facoltà della vecchia e della nuova sua persona: il difetto di quella fa nascere una legale presunzione di revocazione del testamento. Infatti la legge non ha per sup-

posta la data de' testamenti non pubblicati, ma dichiara che perderanno ogni qualunque effetto.

Ora potrebbe questo limite estendersi anche all'incapacità naturale, o sia alla demenza, e ad ogni altro impedimento della libera volontà? Qui non corro l'analogia, tra perchè l'incapacità civile è diversa dalla naturale, e perchè non si può ampliare l'eccezione al di là di quello che la legge ha voluto. La diversità de' due casi nasce dalla differenza che passa tra un fatto e una presunzione. È un fatto che il testatore abbia voluto dichiararsi civilmente morto ed abbia a se stesso interdetto ogni facoltà di disporre delle cose sue. È una presunzione per l'opposito che quando scriva il testamento non fosse in una perfetta sanità di mente. La legge ha creduto dover provvedere a quello e non a questo caso, e bene ha distinto l'uno dall' altro, Imperciocchè la eccezione della demenza è comune ad ogni specie di testamento, ed il mezzo onde scoprirla è riposto non nella forma, ma nel tenore stesso dell'atto. Se il testamento annunzi una disposizione coerente alla volontà ed alle circostanze familiari di colui che l'ha scritta o dettata, è questo il primo di tutti gli argomenti per giudicare della capacità del suo autore; laddove se l'atto stesso dimostri l'infermità della mente, qualunque sia la solennità di cui è rivestito, è nullo per la intrinseca prova della incapacità di lui. E siccome nel giudicare della demenza si attende a questo e non ad altro argomento, così ogni altra conghiettura ricavata dalla maggiore o minore credibilità delle esterne forme dell'atto, tenderebbe a fomentare dubbi e ad aprire l'adito a pru-

(1) V. gli articoli 19 e 20 dell'ordinanza del 1735 in Grenier des donat.

ve testimoniali contra la fede delle ultime volontà, che la legge dee gelosamente custodire.

Per quanto poi concerno l'abuso dell'analogia, noi non sapremmo dirlo meglio di quello che ha fatto Merlin: « Questa disposizione, (parla egli dell'articolo 21 dell'ordinanza del 1735), come vedesi, non concerne che i testamenti olografi fatti da persone che dappoi sonosi impegnate pe' voti solenni nello stato monastico; ma dev'essa esser estesa per analogia a tutt' i testamenti fatti nella medesima forma da persone che sono state precedentemente o son dappoi diventate incapaci di testare? Il legislatore facendo questa disposizione sapeva benissimo che qualche costumanza esigeva per la validità d'un testamento la sopravvivenza del testatore per certo tempo alle sue disposizioni, e la pruova n'è ch'egli ha espressamente parlato di tali consuetudini negli art. 74 e 75. Egli sapeva ancora meglio, se è possibile, che i minori non potavano testare che a certa età e che la capacità di testare si perdeva per l'interdizione o per la susseguente demenza. A chi dunque persuaderassi che s'egli avesse voluto che i testamenti olografi di persone di cui la capacità avesse potuto non cominciare che dopo la confezione di tali atti o cessare dopo, non facessero da essi stessi fede di loro data, si sarebbe contentato dire nell'articolo 21 che tal'era la sua volontà rapporto a' testamenti olografi dei futuri religiosi? Dirassi che per disattenzione o per dimenticanza egli abbia così limitato quest' articolo? No sicuramente. L'ha così limitato perchè i testamenti olografi de' futuri religiosi sono i soli che l'occupavano nella sua ordinanza? Ancor meno. La sua ordinanza statuisce su' testamenti olografi di ogni sorta di persone indistintamente. Come dunque potrebbe si volere qui applicare la *L. 12 ff. de Legibus*, e dire con essa che gli atti legislativi non potendo comprendere tutti gli oggetti uno per uno, debba il giudice estenderli per analogia agli oggetti a' quali il loro spirito è evidentemente applicabile? E non è questo per lo contrario il caso di ricorrere alla massima, *qui de*

uno dicit, de altero negat: inclusio unius est exclusio alterius? ».

« Da una parte, non può mai estendersi una legge da oggetto ad altro se non quando v'ha perfetta analogia tra l'oggetto che regola e quello di cui non s'è occupata. Ora l'ordinanza del 1735 aveva forse, per togliere a' testamenti olografi ordinari la virtù di far fede di loro data, lo stesso motivo che per toglierla a' testamenti de' religiosi? È evidente che no. Perchè ha temuto le antidade, non ha voluto che i testamenti olografi de' religiosi facessero per se stessi fede di loro data: e questo timore era certamente ben fondato dalla parte d' uomini che sopravvivendo o potendo sopravvivere lungo tempo all'apertura della loro successione, avrebbero potuto per 30 anni spogliare i loro eredi *ab intestato* co' testamenti che essi avrebbero fatto cominciare tutt'a un colpo e portare così il disturbo e nel loro famiglie. E so deesi convenire che il pericolo delle antidade abbia parimente luogo ne' testamenti olografi d' uomini, che essendo stati successivamente e durante brevissimo spazio di tempo incapaci di testare, cessano di vivere al momento in cui apresi la loro successione; deesi del pari convenire che ella sia infinitamente minore, e che gl'inconvenienti a' quali darebbo luogo o vo si avverassero, sarebbero senza paragone più leggieri ».

« Da un'altra parte perchè si possa estendere per analogia una legge dal caso per lo quale il legislatore l'ha fatta al caso che non ha regolato, uopo è che questa legge sia conforme a' principi generali della materia che n'è l'oggetto; ed allorchè essa è contraria a' principi, ogni estensione n'è severamente proibita; *quod contra rationem juris introductum est, non est producendum ad consequentias*, dice la *L. 14 ff. de leg.* Ora ora è essa contraria a' principi la disposizione dell'art. 21 dell'ordinanza del 1735 la quale vuole che il testamento olografo d'un futuro religioso non faccia per se stesso fede di sua data? » (1).

« Ma vediamo quali sono cotesti principi, che ci dettoranno la regola per tutti gli altri casi ».

(1) *Additions tom. 17 pag. 790 e 791.*

« La quistione, come vedesi, si riduce ad un sol punto, a conoscere se il testamento olografo faccia fede della sua data. Come atto sotto firma privata non dovrebbe farla: ma devesi riguardare sotto quest'aspetto? Valutiamo bene i termini dell'articolo 289 della costumanza di Parigi. *Per caratterizzare questo testamento per solenne è necessario che sia scritto datato e firmato dalla mano del testatore.* La costumanza dunque non riguarda quest'atto come quelli sotto firma privata; essa lo reputa *solenne*. Ed in fatti concedendo al testatore così la sua autorità per disporre come un carattere per ridurre in iscritto la sua volontà, essa lo distingue perciò dalla classe de' semplici particolari: lo sublima a legislatore, a ministro della sua propria legge, a pubblico ufficiale. Ora è ritenuto il principio che gli atti fatti da persone pubbliche si riguardano siccome *pruove inalterabili* di ciò che contengono. D'onde quindi può trarsi ragione di dubitare della verità della data d'un testamento olografo, *finché essa non è attaccata colla iscrizione in falso*? Un'autorità assai precisa conferma questa dottrina, cioè Ricard *delle donazioni* ».

Tutto quel che abbiamo sin qua detto riguarda la quistione generale, se il testamento olografo, non pubblicato o non riconosciuto prima della morte del testa-

tore, faccia fede della sua data. Ma qual dubbio avrebbe potuto farsi intorno alla certezza della sua data, se il religioso professò l'avesse, a' termini dell' articolo 21 dell' ordinanza, riconosciuto e pubblicato prima della professione? Avrebbe potuto dire che l'atto era privato e non solenne, o che la pubblicazione faccia fede dell'esistenza e non della solennità dell'atto medesimo? La solennità si confonderebbe coll'esistenza, e qualunque fosse la natura del testamento olografo, la pubblicazione e la ricognizione fattane dal testatore in presenza del pubblico ufficiale non solamente avrebbe fatto sparire l'eccezione scritta nel citato articolo ma avrebbe dato all'atto il carattere di pubblico. Molto meno avrebbe potuto distinguere la data della pubblicazione o della ricognizione da quella propria del testamento, dappoiché l'effetto della ricognizione, siccome qui appresso diremo, è la verità della precedente scrittura. Ora trasportandoci noi al tempo in cui viveva l'ordinanza, il testamento posteriormente riconosciuto e pubblicato, non sarebbe stato colpito nè dalla lettera nè dalle analogie dell' articolo 21. È vano dunque il ricavar argoment da un caso supposto, contrario al vero, ed è assurdo il volere applicare la contravvenzione all'adempimento della legge.

IV.

Ritornando all'articolo 895 delle leggi il quale ha dettato le solennità del testamento olografo, non altro vi si legge se non che la validità del testamento olografo dipenda da tre requisiti, cioè dalla scrittura, dalla data, e dalla sottoscrizione di propria mano del testatore. Ora se il difetto di ciascuna delle tre cennate condizioni produce nullità, è chiaro che col la legge parli di forme e di forme utili. Che tali sieno, il dimostra più chiaramente la seconda parte dello stesso articolo, dove soggiugne, *questo testamento non è soggetto ad alcuna altra formalità*. Ricaviamo dunque la prima conseguenza dal suo tenore, che

il legislatore sarebbe stato poco coerente a se medesimo, se avendo riposto la solennità dell'atto nel concorso di tre forme, avesse poi implicitamente richiesto il soccorso di una prova estrinseca per la fede dell'atto medesimo, e assai meno coerente sarebbe stato, se delle tre solennità richieste avesse dato a due un peso maggiore della terza. Ma l'articolo 895 (1) ha dichiarato più di quel che avevano detto l'ordinanza del 1735 e la consuetudine di Parigi, dappoiché ha soggiunto essere questa forma per se stessa perfetta. Qual bisogno di tal dichiarazione, se non avesse voluto troncare le controversie e i sofismi che facevansi nel

(1) Art. 970 C. Franc.

foro intorno alla certezza della data? Ed una tal dichiarazione non importa forse, che la solennità del testamento olografo sta di per se, e senza il soccorso di altra verificaione o prova?

Ciò non ostante non si è cessato dopo la pubblicazione del codice civile di rimiscolare le antiche quistioni circa la certezza della data. Una costante ed uniforme seguela di cose giudicate le ha respinto, e non v'ha forse altra controversia nolla quale abbia Merlin adoperato tanta forza di ragioni e di esempi, quantane ha profuso così nel *repertorio* come nelle ultime sue *addizioni*.

Ed in prima l'articolo 334 del codice francese (257 delle nostre leggi civili) vuole che il riconoscimento d'un figlio naturale sia fatto con atto autentico, quando lo stesso figlio non sia stato già riconosciuto nell'atto di nascita. Ora più non si nega che un tal riconoscimento fatto in un testamento olografo equivale a quello dell'atto innanzi notaio. In conferma di che Toullier nota: « la corte di cassazione ereditte sufficiente e conforme all'articolo 334 il riconoscimento d'un figlio naturale fatto a Parigi con testamento olografo, che reputò solenne a tenore dell'articolo 289 della consuetudine, la quale accordava al testatore così l'autorità di disporre come un carattere per ridurre in iscritto la propria volontà. Il codice civile conferisce al testatore la medesima autorità e lo stesso potere. Non si può dunque dubitare che il riconoscimento fatto in un testamento olografo sotto l'impero del codice civile non sia valido e legale (1) ». Ed in altro luogo: « Un testamento olografo è riguardato come un atto solenne, il quale fa fede per se stesso della sua data. E però la data del testamento olografo accerta la capacità del testatore al tempo del testamento come se egli fosse maggiore o minor d'età. Il riconoscimento d'un figlio naturale fatto in un testamento olografo è valido, del pari che se fosse riconosciuto per atto autentico, siccome abbiamo già detto nel secondo tomo (2) ».

E Merlin: « il figlio naturale il quale non ha altro titolo di riconoscimento che il testamento olografo di suo padre, deesi riguardare come riconosciuto con atto autentico a' termini dell'articolo 334 del codice civile (3) ».

In secondo luogo vuolsi osservare che il testamento olografo di data posteriore rinvoca l'antecedente pubblico o mistico, se le disposizioni di quello sieno incompatibili con questo giusta gli articoli 991 e 992 delle leggi civili. Lo stesso interviene se di più testamenti olografi uno rinvoca l'altro. Tolta la certezza della data al testamento olografo, ne avverrebbe che senza una prova estrinseca, la quale accertasse quale sia l'ultimo testamento, non potrebbesi conoscere la volontà che debba essere eseguita. E chi dice prova estrinseca, dice dubbi, cavillazioni, speculazioni di difesa, le quali distruggerebbero lo scopo ed il sistema della legge.

Le cennate osservazioni sono confermate dalla seguente serie di cose giudicate.

1° La corte di cassazione confermando la decisione della corte di appello di Montpellier, pronunziò a' 3 settembre 1826 come segue:

« Considerando sul terzo motivo, che riguardando come sufficiente il riconoscimento del figlio naturale contenuto in un testamento olografo fatto a Parigi, reputato solenne dall'articolo 289 della consuetudine, la quale affidava al testatore tanto la sua autorità per disporre, quanto un carattere per ridurre in iscritto la propria volontà; testamento che per altro era stato conseguito ad un notaio dal testatore medesimo; e che posto nella serie delle minnte dello stesso notaio, dopo la morte del testatore e anche prima della promulgazione del codice civile, siccome risulta da' processi verbali de' 7 e de' 12 *vendémiaire* anno 11, aveva acquistato tutti i caratteri d'un atto autentico; l'impugnata decisione ha fatto una giusta applicazione dell'articolo 334 del codice civile;

» Considerando che essendo il ricono-

(1) *Toullier Lib. 1 Tit. VII chap. III* n. 933.

(2) *Lib. III. Tit. II chap. V. n. 377.*

(3) *Repert. art. filiation §. 3 Additions* num. 8.

scimento giudicato valido, ha dovuto il minore essere ammesso alla divisione dell'eredità di suo padre per metà insieme colla signora Dusten sua sorella, conformemente alla legge de' 4 *germinal* an. 8, sotto la quale l'ausideita successione si asperse, ed essere autorizzato a portar il nome di lui;

» La corte rigetta il ricorso ec. (1).

2° Courbeton muore a' 10 di agosto 1809 e lascia un testamento olografo del 1 di aprile 1809 per lo quale istituisce erede Vcrac. Questi ottiene l'immissione in possesso e gode per più anni dell'eredità. A' 15 di luglio 1817 la signora Quarre de Villers, erede legittima, domanda la nullità del testamento per vizio di captazione quando il testatore era in istato di demenza, e per cagione d'ingratitude e d'ingiurie gravi a termini dell'articolo 1046 del codice civile. Il tribunale di prima istanza di Parigi rigetta l'azione della signora Villers, la quale ne appella. L'avvocato generale *Jaubert* conchiude in grado di appello « che il testamento sia rispettato, attesochè la sua data era certa in un tempo in cui il testatore godeva della pienezza della sua ragione; e che i fatti di captazione o d'ingratitude sieno dichiarati non *pertinenti* nè *ammissibili*. La corte reale di Parigi, in quanto a' fatti di demenza, considerando che la data certa del testamento è del primo di aprile 1809; e che quello non contiene veruna disposizione che possa far supporre la demenza del testatore; E quanto a' fatti di captazione, considerando che i fatti articolati sono insufficienti contra un testamento olografo; Adottando pel resto i motivi de' primi giudici, annulla l'appello ed ordina che la sentenza si esegua (2) ».

3° Tizio settuagenario era stato interdetto per alienazione di mente e per imbecillità, con sentenza de' 9 dicembre 1818 sopra domanda formata nel dì 28 ottobre, ed in tale stato era morto a' 30 novembre 1819. Nel dì seguente il signor Kerselaers presenta al tribunale di Lovanio un testamento olografo de' 20 febbraio 1817, col quale il defunto lo istituiva suo legatario universale: ottiene un'or-

dinanza del presidente, che lo immette nel possesso della eredità: gli eredi legittimi impugnano il testamento con diversi motivi, de' quali uno è, che non essendo stato nè registrato nè mentovato in verun atto autentico prima della interdizione del testatore, non ha data certa, e per conseguente non prova di essere stato fatto in un tempo anteriore alla sentenza che aveva costituito il defunto nell'incapacità di testare. Nel dì 18 maggio 1821 sentenza del tribunale, la quale rigetta un tal motivo: « attesochè il testamento olografo scritto, datato, e sottoscritto dal testatore è valido; e che l'effetto della validità è, che faccia fede del suo contenuto, e per conseguente della sua data che ne è una parte essenziale ».

In grado di appello la Corte superiore di giustizia di Bruxelles con decisione dei 21 giugno 1822 rigetta l'appellazione sostenuta da lunghe e lodovoli difese pei seguenti motivi:

« Attesochè, giusta l'articolo 970 del codice civile, il testamento olografo è valido quando è interamente scritto, datato, e sottoscritto da mano del testatore »;

« Che la legge nel prescrivere particolari formalità pe' testamenti olografi ha preso in considerazione l'oggetto dell'atto, il quale consiste nello stabilire d'una maniera incontrastabile la volontà del testatore; donde segue che l'osservanza di tali formalità assicura all'atto il suo effetto; che però esso fa fede del suo contenuto, compresi la data, la quale ne forma una parte essenziale; che sopra tali principi sono fondati gli articoli 1007 e 1008 del detto codice; che giusta i cennati articoli essendo il testamento olografo depositato presso un notaio, quantunque gli eredi legittimi possano impugnarlo, il legatario universale è immesso in possesso; e così il testamento sebbene possa essere impugnato, riceve non ostante la sua esecuzione perchè fa fede del suo contenuto »;

» Attesochè non si possono opporre al testamento olografo le disposizioni dell'articolo 1328 del codice civile, le quali dicono che le scritture private non hanno data contro i terzi se non dal giorno

(1) *Sirey Tom. VI P. 1 pag. 414.*

(2) *Sirey Tom. XXIII. P. II pag. 40.*

del registro, o dal giorno della morte d'uno de' sottoscrittori, o dal giorno in cui il contenuto loro sia contestato da un atto autentico, perchè questo articolo, il quale trovasi nel titolo de' contratti o delle obbligazioni convenzionali non può essere esteso a testamenti olografi, dei quali la materia è distinta da quella delle obbligazioni; che il legislatore ha trattato dell'una e dell'altra in titoli separati, segnando per ciascuna di esse regole o forme rispettivamente proprie;

« Attesochè d'altra parte l'applicazione di questo articolo del testamento olografo non gli darebbe una data certa, come vuole il citato articolo 970, ma solamente quando, esistendo le circostanze mentovate nell'articolo medesimo, il testamento di già esistesse;

« Attesochè risulta dal sin qua detto, che il legislatore ha tolto i testamenti olografi dalla classe degli atti privati ordinari; e che lo ha fatto per tutt'i casi, dappoichè la legge non racchiude alcuna distinzione;

« D'onde segue che se il testatore è stato messo in interdizione, e durante il tempo di tale interdizione sia stato privato della capacità di testare, questa sola circostanza non basta a togliere al testamento olografo la fede del suo contenuto e della sua data, nè ad obbligare il legatario o l'erede istituito di provare altrimenti che per lo testamento stesso la verità della sua data, salvo all'erede legittimo il dimostrare che il testamento non è stato fatto nella data ch'esso segna, ma che il testamento fu scritto nel tempo in cui il testatore era nell'incapacità di testare, ed ottenere così gli effetti degli articoli 502 e 503 del codice civile (1);

« Per tali motivi, inteso il sig. Destoop avvocato generale, ed uniformemente al suo avviso;

« La corte annulla l'appello, ed ordina che la sentenza appellata sia eseguita giusta la sua forma e tenore (2) ».

4^o A' 2 aprile 1820 una sentenza interdice il conte Coustaurel de Rouzat per causa di demenza che si fa risalire al mese di settembre 1819. Egli muore a' 8

di aprile 1821. Trovasi un testamento olografo de' 5 marzo 1819, col quale lega la quarta parte de' suoi beni a suo figlio primogenito. La vedova tutrice di un figlio del secondo letto impugna il testamento come fatto da un incapace, giacchè non ha data certa, e però de' essere riputato posteriore all'interdizione. La corte reale di Riom con decisione dei 20 di gennaio 1824 lo dichiara valido pe'sequenti motivi:

« Attesochè, per quel che concerne il difetto di capacità del testatore, lo stesso si fa risultare dall'interdizione del sig. de Rouzat padre, e dalla pretesa incertezza della data del testamento olografo in questione; che il testamento ha la data dei 5 marzo 1819; che l'interdizione fu pronunciata il dì 12 aprile 1820; che giusta la deliberazione del consiglio di famiglia il disordine mentale, il quale produsse l'interdizione, non sarebbe nato se non sette mesi prima della detta interdizione; che da quel punto insino al tempo del testamento (stabilito che la sua data non possa essere impugnata), il sig. de Rouzat aveva la facoltà di disporre;

« Attesochè un testatore, rivestito del diritto di essere il solo ministro dell'atto solenne che contiene le sue disposizioni testamentarie, allorchè sceglie il mezzo del testamento olografo, ne attesta legalmente la data, come l'attestano un notaio e suoi testimoni, se il testamento sia nuncupativo o scritto; per modo che il testamento olografo, il quale ha una data posteriore a quella d'un testamento innanzi notaio, rinvoca quest'ultimo, se le disposizioni che racchiude, sieno incompatibili con quelle del testamento olografo, e se la scrittura e la sottoscrizione sieno riconosciute essere del testatore, siccome tali nel caso presente (3).

5. Sul quarto motivo relativo alla data del testamento; « attesochè colui che in un atto in forma di testamento comanda all'avvenire, o dispone per un tempo in cui egli non sarà più, esercita in qualche maniera la potenza legislativa; ciò che ha fatto dire alla legge romana *disponat testator et erit lex*; che in conseguenza

(1) La via della nullità.

(2) Merlin additions v. testament. sect.

II §. IV art. VII pag. 793.

(3) Sirey T. 24, part. II pag. 278.

la legge pone momentaneamente il testatore nella classe de' pubblici ufficiali, donde risulta che egli imprime l'autenticità alla data che dà al suo testamento: che oltre a ciò la forza stessa delle cose condurrebbe da se sola a questa conseguenza: che infatti allorchè una persona ha lasciato più testamenti se la loro data non facesse fede per se stessa, a quale di questi differenti atti si attribuirebbe l'autenticità (1) ?

« 6. Attesochè il fine principale del legislatore nel riconoscere la forma del testamento olografo è stato di dar il mezzo di disporre segretamente, ed in modo che le ultime volontà potessero restar interamente sconosciute e nascoste in sino alla morte del testatore ».

« Che d'altra parte ha accordato la confidenza la più intera a questa forma di disporre, la quale ha considerato essere la più propria a contenere l'espressione sincera e non equivoca delle intenzioni del testatore, e ad allontanare i sospetti di suggestione e di captazione ».

« Che questa idea ha talmente dominato i giureconsulti francesi che la maggior parte fra essi sono giunti a ravvisare il testatore siccome una specie di ufficiale pubblico nel suo testamento, al quale per tal qualità dà un carattere di autenticità ».

« Attesochè nella origine della legislazione francese su questa materia, la data non era richiesta pe' testamenti olografi più che per ogni altro atto sotto firma privata; e che se in seguito l'ordinanza del 1735 ed il codice civile han fatto della data una formalità necessaria a pena di nullità, ciò ha avuto luogo nel manifesto fine di assicurar al testamento olografo una data fissa e certa che potesse servire a stabilire la capacità del testatore al tempo della sua formazione, e la priorità del testamento nel caso che ne avesse fatto altri ».

« Che non si può dunque ragionevolmente dubitare che il legislatore non abbia avuto in mente che il testamento olografo farebbe prova per se stesso della realtà di sua data, nè si può ammettere senza attribuirgli la più mostruosa con-

tradizione che abbia voluto da un lato far dipendere la certezza della data delle formalità o circostanze dell'articolo 1328, e da un altro lato esigere a pena di nullità una indicazione della data che sarebbe stata senza fine e perfettamente inutile in questa supposizione ».

« Che d'altra parte il testamento olografo essendo di sua natura un atto segreto revocabile sino alla morte, e per lo quale il testatore non contrae alcuna obbligazione verso chicchessia, è impossibile d'immaginare che il legislatore abbia voluto far dipendere la sua data dalla formalità del registro o dalla menzione negli atti passati innanzi ufficiali pubblici, come allorchè trattasi di atto sotto firma privata ».

« Che in fatti tutte le parole dell'art. 1328 resistono allo estendere a' testamenti olografi disposizioni che sono state evidentemente fatte per gli atti tra vivi; ed al contrario deesi concludere che il legislatore si è contentato delle formalità dell'articolo 970 per assicurare al testamento olografo una data fissa, e per togliere tutte le antiche difficoltà su questo punto ha soggiunto quelle notevoli parole: *esso non è soggetto ad alcun'altra forma*, le quali non si trovavano nella ordinanza del 1735 ».

« Attesochè dopo le cose premesse debbesi riconoscere conformemente all'arresto impugnato che il testamento olografo fa per se stesso fede di sua data; e che non si può ammettere giusta la pretesione degli attori una eccezione a questo principio pel caso in cui il testatore sarebbe divenuto incapace di testare prima della sua morte, ed in cui questa incapacità sopravvenuta facesse sospettare la frode; perchè se il legislatore avesse voluto far questa eccezione l'avrebbe espressa in seguito dell'art. 970, e che nell'assenza di ogni disposizione a tal riguardo non si può citare alcun testo di legge che fosse stato violato ».

« Attesochè se da una parte il sistema adottato dall'arresto presenta inconvenienti cioè che potrebbe favorire la frode, e far eludere gli effetti della interdizione o di ogni altra incapacità; dal-

(1) *Sirey T. 24 P. I pag. 276.*

l'altra parte il sistema degli attori menerebbe ad inconvenienti assai più gravi, in quanto che tende a rendere senza effetto tutt' i testamenti olografi fatti di buona fede, ed in tempi anteriori alla incapacità sopravvenuta; che in ultimo risultamento obbligherebbe ogni testatore che facesse un testamento olografo in buon senso ed in piena capacità a farlo in seguito registrare per evitare l'effetto di qualunque incapacità che potesse in appresso sopravvenirgli: idee che ripugna alla natura del testamento olografo, e che il legislatore non ha potuto avere quando ha ammesso questa specie di testamenti ».

« Che dalle premesse cose risulta che l'arresto ha fatto una giusta applicazione dell'art. 970 del codice civile, e che non ha nemmeno violato gli articoli 1316, 1322 e 1328 del codice civile, i quali si riferiscono esclusivamente agli atti contenenti obbligazioni o convenzioni, e non possono applicarsi a' testamenti che formano una materia assolutamente distinta, trattata in un titolo e parte e retta da regole che loro sono proprie ».

« Attesochè l'arresto non avendo deciso che il testamento olografo era un atto autentico, non ha potuto nè violare, nè falsamente applicare l'articolo 1317 del codice civile, perciocchè non ha punto confuso il testamento olografo col testamento pubblico, e non ha per conseguenza violato l'articolo 971 ».

« Attesochè l'arresto riconoscendo che

il testamento olografo è un atto sotto firma privata, si è limitato a dire che è distinto dagli atti privati ordinari ed è retto da regole particolari; e che così decidendo non ha violato l'art. 999 del codice ».

« Atteso finalmente che l'arresto non doveva applicare gli articoli 1007 e 1008 del codice civile, e per conseguente non ha potuto farne falsa applicazione; che ergomentando dal che questi articoli accordano la provvisoria esecuzione a' testamenti olografi anche prima che sieno stati riconosciuti, per inferirne che la legge faccia una differenza fra i testamenti olografi e gli atti ordinari sotto firma privata, ed accordi a' primi una confidenza ed effetti particolari, l'arresto ha fatto un ragionamento assai giusto, e sotto questo rapporto ancora è al coperto di ogni critica ».

« Per questi motivi la corte, udito il consiglier Garnier nel suo rapporto ed il sig. de Guchenaër sostituto del procurator generale nelle sue uniformi conclusioni, rigetta (1) ».

Concludiamo la storica esposizione de' giudicati con due osservazioni del giureconsulto Merlin. Questa giurisprudenza è il prodotto della discussione delle più valide ragioni che potevansi addurre da' sostenitori dell'una e dell'altra sentenza: ella è tanto più certa quanto non si può citare una sola decisione che abbia in contrario senso giudicato (2).

V.

Contra la testimonianza del chiarissimo giureconsulto che abbiain sinora seguito non sono mancati seguaci della contro-sentenza i quali, per sostenerla, adducono esempi di cose giudicate in loro favore: e forse desterà qualche meraviglia il vedere il loro sforzo nel voler trovare nelle stesse decisioni da noi riportate argomenti favorevoli al loro assunto. Senza altro dire degli argomenti di diritto che trovansi allegati e discussi nella collezione delle decisioni francesi, esa-

miniamo brevemente solo il modo come da taluni si è contrastata l'autorità delle cose giudicate.

1. Risalendo al tempo antecedente all'ordinanza del 1735, si fa tesoro dell'arresto del 1673, quasi che lo stesso negasse a' testamenti olografi la certezza della data. Ma abbiamo già veduto qual fosse la specie di quella causa, e come l'abbia inteso Merlin, e con lui Toullier e tutti i tribunali della Francia.

2. Passando all'ordinanza del 1735,

(1) *Sirey T. 25 P. II pag. 419.*
(2) *Merlin Additions T. XVII pag.*

si ricorre all' art. 21 che riguarda i testamenti de' religiosi professi, e dall' eccezione d' un caso speciale si ricava un argomento che distrugge la regola generale, senza neppur considerare che quando anche fosse vero e legale tale ragionamento, avremmo per noi la disposizione dello stesso art. 21, dappoichè siamo nel caso dell' adempimento e non della contravvenzione. E di ciò si è anche detto abbastanza.

3. Si ragiona sopra l' arresto della corte suprema di Bruxelles, e si trae argomento dalla considerazione colla quale fu rigettato il motivo della falsa applicazione dell' articolo 1317 del codice civile, e della violazione dell' articolo 971. In somma dal perchè la suprema corte di Bruxelles giudicando come corte di cassazione, disse non potersi dire nè falsamente applicato l' uno nè violato l' altro, perchè la corte giudicante non aveva mai detto, essere il testamento olografo un atto autentico nel senso dell' articolo 1317, nè doversi confondere il testamento olografo col pubblico (1), desumono che abbia negato al testamento olografo la qualità di atto solenne. Ma nessuno ha mai osato dire che il testamento olografo sia un atto della stessa natura del titolo autentico; che anzi tutti han detto ed insegnato essere *cui generis* l' autenticità del testamento olografo, doverai dire piuttosto solenne che autentico, e non doverai confondere le solennità degli atti di ultime volontà con quelle de' contratti e delle obbligazioni. Molto meno troverassi chi assuma doverai scambiare il testamento olografo col pubblico, dappoichè ciascuno de' due ha una specie di solennità diversa dall' altra. Adunque la Corte di cassazione riprese quasi di mendaio il motivo con cui attribuivasi alla decisione impugnata proposizioni che in realtà non conteneva, ma non diede al testamento olografo una qualità diversa da quella che la legge e la giurisprudenza insieme gli danno.

4. Un altro argomento ricavasi da un

proemio che Sirey antepone alla decisione della suprema corte di Bruxelles. Cominciò egli per dire che una tal decisione compie la dimostrazione della certezza della regola generale, cioè che il testamento olografo fa fede della sua data (2); ma soggiunge in seguito essere tuttora incerto in giurisprudenza se faccia fede insino all' iscrizione in falso, ovvero in sino alla prova contraria. Crede egli che la decisione de' 21 di giugno 1822 confermata dall' altra de' 25 di aprile 1825 (3) contenga la seconda e non la prima proposizione, dappoichè di questo appunto trattavasi tra le parti. Ma ci sia permesso dire che egli interpreta la decisione contra il senso letterale e contra l' espressa dichiarazione di quella. Imperciocchè nell' ultima considerazione della decisione del 1822 espressamente dicessi che non può la verità della data del testamento olografo dimostrarsi altrimenti che per lo testamento stesso, salvo agli eredi legittimi l' ottenere gli effetti degli articoli 502 e 503 delle leggi civili. Ora cotesti articoli non parlano se non della nullità degli atti fatti dopo dell' interdizione. Quindi è manifesto che pe' testamenti olografi, come pe' pubblici non si può rimuovere la data se non togliendo di mezzo l' intera disposizione, cioè provando che il testatore era nello stato di naturale o di civile incapacità. E senza altro dire sopra questo senso necessario della decisione, se altrimenti s' intendesse, non potrebbe ammettersi la riserva della prova senza contraddire manifestamente alle massime stabilite così nelle altre parti della stessa decisione, come nella decisione della suprema corte, che quella conferma. Infatti come conciliare la riserva della prova col carattere d' autenticità che il legislatore ha impresso nella scrittura olografa? come combinarla coll' idea della data fissa che la legge ha voluto assicurare onde più non si dispuntasse della capacità del testatore? come accordarla coll' intera ed assoluta separazione che

(1) *V. sopra alla pag. preced.*

(2) *L' arrêt de la cour souveraine de Bruxelles, dont nous allons rendre compte, achève de rendre certaine la règle*

générale, que le testament olographe fait foi de sa date. V. Sirey Tom. XXV. P. II. pag. 49.

(3) *V. sopra a pag. 383 e 385.*

mette tra gli atti di vita e i testamenti? come infine sostenerla, dopo avere equiparato l'effetto de' testamenti olografi a quello de' pubblici sia per la revocazione de' testamenti precedenti, sia per lo riconoscimento de' figli naturali?

Tenuissimo è poi l'argomento che Sirey desume dalle allegazioni delle parti, per restringere la forza delle ragioni e de' principi che le due decisioni della corte di Bruxelles contengono. È vero che tra le parti disputavasi chi dovesse assumere il peso della prova, ma è vero altresì che la corte in ambe le decisioni assorbì una tal disputa, dappoiché spiegò per modo la validità e l'efficacia del testamento olografo, che più non lasciò luogo alla stessa. E sarebbe degno più d'un grammatico forense che d'un giureconsulto il supporre, che chiamata la corte a dare una legale definizione dell'atto, dovesse dir meno di quello che corrispondesse al senso della legge, sol perchè meno avevan preteso le parti contendenti. L'interpretare i giudicati per quel che le parti han dedotto in giudizio è una regola giusta e sicura nel fatto, e nel diritto; giacchè siccome de' il giudice supplire al diritto non allegato, così può e dee nel definire, prendere per norma la regola e non le deduzioni delle parti.

In fine si suole addurre una decisione della corte di Caen de' 13 di novembre 1827, confermata dalla corte di cassazione agl' 11 di novembre 1829, la quale riguarda il caso d'un testamento olografo, di cui non fu riconosciuta la scrittura. La corte di Caen ebbe per vero quel che è in realtà, che la validità e l'efficacia de' testamenti olografi è subordinata alla condizione della verità della scrittura, e che pendente la verificazione di quella, non poteva averi come esistente la disposizione. Così quest'ultimo esempio dimostra quel che da prima abbiamo accennato, cioè che lo scambio tra l'esistenza e la solennità del testamento, è cagione ordinaria della opinione che qui abbiamo preso a confutare.

Del resto il ragionamento sin qua fat-

to diviene osioso, quando si abbia un testamento olografo che per volontà dello stesso testatore ha acquistato la qualità di pubblica scrittura. La ricognizione non aggiugne nulla alla verità, ma la dichiara e la conferma, o sia dà una prova indubitata dell'esistenza e della verità dell'atto antecedente, che il susseguente pubblica e ratifica; nè potrebbesi intorno all'atto susseguente muover disputa, se debba attendersi alla data del primo ovvero del secondo per le seguenti ragioni, parte di diritto, e parte di fatto.

1. Perchè la ricognizione della seconda scrittura contiene la prova dell'esistenza della prima, e fa stato anche contro a' terzi, dappoiché *probat ipsam rem*, siccome si esprimono Pothier e Toullier (1);

2. Perchè sebbene nelle scritture private, dimostrata l'esistenza della convenzione, rimane il dubbio in qual tempo sia stata fatta; pur tutta volta non essendo le disposizioni degli articoli 1276 e 1282 scritte per gli atti di ultima volontà nè pe' testamenti olografi, ne segue che la verità della data nasce dalla natura dell'atto stesso (2).

3. Perchè se casi ne' quali la legge ha temuto il pericolo dell'antidatà, non ha saputo trovar altra cautela, se non la pubblicazione del testamento olografo prima della morte del testatore (3);

4. Perchè in realtà la pubblicazione ed il deposito del testamento olografo presso un notaio non è se non un'autentica dichiarazione che fa il testatore così della verità dell'atto, come della sua costante volontà.

5. Perchè la certezza di tutte le forme degli atti civili non è riposta se non in un calcolo legale di presunzioni, mercè delle quali il legislatore si propone di evitare i pericoli o i più ordinari o i più verisimili; giacchè gl' insoliti e gl' inverisimili vanno sotto quella regola generale, *his quae forte uno vel aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur*. Verisimile non è che il testatore dotato di sana mente inganni se stesso; molto

(1) Pothier *Traité des obligat. P. IV* chap. 1 Art. 2 §. 3 n. 715.
Toullier *de la preuve littérale §. II*

Actes sous seing privé n. 259.

(2) *V. sopra a pag. 383 e 385.*

(3) *V. sopra a pag. 377 e 379.*

men verisimile è che non avendo il libero uso della sua ragione scriva una disposizione regolare ed irrepreensibile; che essendo solo ed unico ministro della sua volontà, scriva nella solitudine o sia nello stato di naturale *indipendenza*, più l'altrui che la propria volontà. Moralmente impossibile è poi, che ripensando in un altro tempo a quel che ha fatto, ripeta e riconfermi innanzi a pubblici uffiziali quel che non ha voluto.

6. Perchè dall'atto posteriore di soprascrizione si rileva, che il testatore, non fece in quel punto, ma aveva già fatto il suo testamento olografo, del quale per assicurare l'esistenza volle fare la pubblicazione ed il deposito; nel che la presunzione legale è confermata dalla verità naturale, cioè che il testamento olografo risale necessariamente ad una data anteriore alla pubblicazione, o sia antecedente all'ultima infermità del defunto.

7. Perchè nell'interpretare e nell'eseguire le leggi, due cose sono vietate ai giudici: la prima di trarre argomento da un caso speciale contra la legge generale, violando così la regola, *quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi*: la seconda di andare ricercando la ragione della legge positiva per distruggerne la lettera offendendo l'altra massima *rationes eorum quae constituentur, inquiri non oportet, alioquin multa ex his quae certa sunt subvertun-*

tur. La legge ha avuto per vero che la volontà più certa e più scevra dall'influsso dell'interesse altrui sia quella scritta di propria mano del testatore; indi nel dubbio che il difetto della data potesse coprir la frode, ha aggiunto questa alla principale di tutte le solennità, che è la scrittura olografa; di poi per lo caso speciale della volontaria mutazione dello stato del testatore, ha richiesto la pubblicazione del testamento. Sollecitata di provvedere al pericolo dell'antidata, anche fuori del caso speciale, ha disprezzato un tal pericolo, sì che i giureconsulti suoi interpreti rispondono per lei: *la legge non prevede l'inverisimile, nè suppone il falso senza interesse di commetterlo* (1). Ciò non pertanto si trova chi per garantire la volontà dalla malignità e dalla cupidigia sceglie per forma ordinaria di testare quella che in se racchiude tutte le cautele escogitate anche pe' casi speciali: *scrive, sottoscrive, data, e pubblica in vita il suo testamento*. E v'ha pure chi replica, il pericolo non è cessato, la data non è ancor certa, uno scaltro insidiatore ha estorto la volontà del testatore, e lo ha a suo malgrado obbligato di fingere due date! A questo scettico si risponde che la sua mente è tanto fervida nell'immaginare frodi, quanto la legge è prudente nello scegliere tra le possibili quelle che meritano il suo antivedimento. *Non debet aptari jus ad ea quae perraro eveniunt*.

(1) Vedi sopra a pag. 377.

DISSERTAZIONE XVII.

SE VIETATE LE INDAGINI INTORNO ALLA PATERNITA' POSSANO I FIGLIUOLI
NATI FUORI DEL MATRIMONIO FAR LA PRUOVA DEL POSSESSO
DI STATO.

I.

Per potere agevolmente rilevare le differenze delle nuove leggi a rispetto delle antiche intorno alla pruova della filiazione gioverà esaminare quali fossero i diritti de' figli naturali al tempo delle leggi romane e delle canoniche; ebe cosa s'intendesse allora per possesso di stato; e quali ampliamenti avesse fatto la giurisprudenza alle disposizioni del diritto positivo. Stabilito chiaramente tali nozioni, sarà facile il rilevare le differenze delle nuove leggi a rispetto della pruova della filiazione.

La quistione intorno a' diritti de' figli naturali si rasonoda colla materia del concubinato, nel che conviene distinguere tre diversi tempi: il primo di Roma pagana insino a Costantino: il secondo da questo imperatore insino agli anni di Leone detto il filosofo; il terzo da quell'epoca per tutto il tempo che seguì, e venne a scontrarsi colle leggi della Chiesa e coi decreti de' concili.

Comunque il concubinato nel primo de' tre cennati periodi fosse permesso, i figli non pertanto nati dalla sola congiunzione naturale, non godevano de' diritti del casato, o della famiglia, non erano sotto la patria potestà (1), e non avevano dalla legge azione per farsi riconoscere, o per pretendere alimenti (2). Gli alimenti cominciarono ad esser dovuti per equità

e per induzioni de' vari casi espressi da Ulpiano nella legge quinta *de agnoscendis et alendis liberis*. Tale fu il diritto insino a Costantino, il quale vietò il concubinato agli uomini coniugati (3). Giustino confermò la legge di Costantino, ed aggiunse al primo divieto l'altro della pluralità delle concubine (4); ma rendè certa la condizione de' figli naturali, avendo determinato i loro diritti eol alle successioni testate ed intestate de' genitori, come agli alimenti (5). Infine l'imperator Leone, detto il filosofo, verso la fine del nono secolo mise la legge civile d'accordo col cristianesimo, rievocò le leggi di Giustino, e vietò affatto il concubinato: *lex illa in aeternum sileto: ab illa enim non modo religionis, verum etiam naturae injuria, secundum divina christianisque convenientia praecepta prohibemur* (6).

Ma ebe s'intese per concubina o' tempi ne' quali fu successivamente, o permesso, o tollerato, o vietato il concubinato? Le leggi romane han dato della concubina una definizione unica ed esatta: *quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit* (7): ora dunque uoa natural coniugata, la quale senza partecipare delle dignità della moglie viveva sotto la figura del matrimonio, ed aveva per necessità il tetto ed il domicilio comune al suo consorte,

(1) *V. Instit. Justin. Lib. I Tit. IX de patr. pot.*

Pothier ad Pandect. Justin. Tit. de concubin.

(2) *L. 5 §. 1 D. de agnosc. et alend. lib.*

Voet ad lib. XXV Pandect. Tit. 3.

(3) *L. un. C. de concubin.*

(4) *Novella XVIII cap. 5.*

(5) *Auth. licet patri de naturalib. liber. Novella 89 cap. 12 §. si quis autem,*

(6) *Imp. Leon. const. 91.*

(7) *L. 144 de verb. signif.*

ond' è che il concubinato fu in alcuni tempi detto *licita constructio* o *maeguale conjugium* (1). Da ciò segue che il principal requisito della concubina sia la coabitazione, siccome il carattere distintivo de' figli naturali è la loro nascita nolla casa paterna. In fatti non poteva la concubina essere riconosciuta, se il passaggio di lei nella casa del suo consorte non apparisse o da scritti documenti, o da pubblica protestazione attestata da vicini e da altri idonei testimoni, nel che il concubinato era perfettamente simile alle nozze (2). Una tal verità chiaramente emerge dalla novella XVIII di Giustiniano il quale non altrimenti riconosce i diritti de' figli naturali, che sotto la condizione della coabitazione della madre, e della loro nascita nella casa paterna: *sit autem ei domi donec vivit libera mulier in habitu concubinae cum ea degens et filii ex ea* talibus enim solis haec sancimus, ubi omnino indubitatae sunt sive concubinae in domo habitae, sive naturalium ibidem proles, et nutrimentum domus eis et intestata morientibus . . . et haec dicimus si uni concubinae cohabitaverit et filios ex ea habuerit, aut praecedente concubinae morte forsan aut divisione filii domi sint (3). Il dice ancora la ragione della legge e la natura stessa della cosa, perchè tolta la coabitazione, che è il fatto della costante o continua congiunzione, i nati entrano nolla classe degli *spuri*, i quali *patrem demonstrare non possunt* (4), siccome la madre loro cade nella presunzione del vago e lussurioso conversare (5).

Estranco alla materia del concubinato era il così detto *possessione di stato*. In questo vocabolo comprendevasi la prova del matrimonio ricavata dal fatto, in difetto della solennità delle nozze. Ognun sa che tra le forme delle romane nozze era quella detta *per usum*, mercè della quale il marito acquistava il dominio della mo-

glie, se per un anno continuo ne avesse goduto; e che un cotale modo di contrarre matrimonio poteva essere praticato o prevì instrumenti dotali, o anche senza di essi. È noto parimenti che usciti di credito gli antichi riti della *conferreazione* e della *coemzione*, divenne non solamente frequente, ma più comodo il matrimonio per *uso*, dappoichè per esso evitavasi che la donna *convenisset in manum mariti*, o sia venisse sotto l'assoluta potestà di lui, e perdesse il dominio de' beni suoi. Ora a questa specie di matrimonio si riferisce il possesso della filiazione, come mezzo per dimostrare l'esistenza delle nozze, di che fa fede il rescritto dell'Imperator Probo: *Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae, neque ad natam filiam pertinentes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii, aut susceptae filiae suam habet potestatem* (6); e l'altro degl'imperatori Diocleziano e Massimiano: *neque sine nuptiis instrumenta facta ad probationem matrimonii sunt idonea, diversum veritate continente; neque non interpositis instrumentis jure contractum matrimonium irritum est, quum omitta quoque scriptura, coeterea nuptiarum indicia non sint irrita* (7); intorno alle quali leggi notano gl' interpreti, e tra questi Brunemanno: *sicut instrumenta dotalia possunt esse sine nuptiis si forte conjunctio non sequatur, ita etiam nuptiae esse possunt sine instrumentis dotaliibus, et sine his ut sine testimonio natalium liberi possunt esse ingenui, ex qua notandum, si quis mulierem liberorum procreandorum causa domi habeat, praesumi matrimonium et liberi praesumuntur legitimi; unde colligitur ex communi opinione vicinorum probari affectionem maritalem et filiationem* (8). Questo e non

(1) L. 5 C. ad S. C. Orphitian.

L. 3 C. de natural. liberis.

L. 41 D. de ritu nuptiar.

L. 49 §. 4 D. de leg. III.

(2) L. 49 §. 4 D. de leg. III.

L. 4 D. de concubinis.

L. ult. C. commun. de manumission.

L. 18 C. ad L. Jul. de adult.

(3) Nov. XVIII. cap. 8.

(4) L. 25 D. de statu hominum.

(5) L. 43 D. de ritu nuptiar.

L. 144 D. de verb. signif.

(6) L. 9 C. de nuptiis.

(7) L. 13 C. de nupt.

(8) Brunemanno. ad L. 9 C. de nupt. Perez. ad eund. titul.

altro è il possesso della filiazione legittima il qual possesso presuppone necessariamente due circostanze, sopra le quali

la presunzione della legge è fondata, cioè la coabitazione, ed il coniugale affetto.

II.

La Chiesa, da cui puri dogmi, era nata la novella dell'imperator Leone, non poteva non riprovare il concubinato, e però diede a tutti i fedeli come canone il precetto di S. Agostino, inserito nel decreto di Graziano *audite charissimi* (1), il quale precetto non è difforme da' canoni del Concilio Toletano (2); ma come madre di verità e di pietà insieme non confuse gl'innocenti co' colpevoli, al che per quanto severa fosse stata la legge civile per rispetto a' frutti delle illecite congiunzioni, altrettanto fu per essi indulgente la canonica (3). Da ciò nacque nel foro la sentenza più benigna degli alimenti in favor de' figli, e quindi la necessità di ricercare e di provare la paternità. Ora questa legge più indulgente verso i figli non mutò la qualità caratteristica della loro nascita, dappoichè dall'aver vietato ogni altra congiunzione fuori del matrimonio, non segue che sieno stati ugualizzati tutti i gradi dell'illecito, che anzi ne discende una contraria conseguenza. In fatti il Concilio Tridentino dichiarò assolutamente illecito il concubinato ancorchè coperto delle apparenze del matrimonio (4). Per la qual cosa se non fu riconosciuto come stato civile nel tempo in cui era permesso o tollerato, molto meno polette acquistare una tal considerazione sotto le leggi che lo vietavano e punivano. Se quelle leggi negavano a' figli naturali i diritti della famiglia, della patria potestà, del parentaggio; se avevano per naturali solamente i figli nati nel tetto comune de' genitori, e se per questo solo carattere distinguevano la concubina da ogni altra donna licenziosa, come potrebbero trovarsi argomenti di filiazione naturale dove man-

cano i requisiti che la formano e qualificano? Il possesso di stato dunque per le leggi canoniche è per doppia ragione estraneo a' figliuoli naturali.

Siccome la paternità non può esser provata che per indizi, così la sentenza del foro non può esser meglio dimostrata che per la testimonianza degli scrittori i quali hanno trattato della forza delle presunzioni sia nel generale, sia nel particolare caso delle incerte filiazioni. Alciano nell'aureo trattato delle presunzioni nota: *ad hoc quod dicatur concubina multa requiruntur, videlicet quod sit soluta cum soluta, sita quod inter eos possit esse matrimonium; et quod sit retenta diu in domo in habitu concubinae quae parum distat ab uxore; et quod sit unica concubina* (5).

Gianpietro Surdo nel trattato degli alimenti: *in hoc conveniunt debere intervenire haec, quod sint nati ex soluto et soluta, quod inter eos possit esse matrimonium, quod cohabitent in domo, quod retineatur in schemate concubinae, quod sit unica, quod publice et palem retineatur, quod impares sint personae, quod talis sit mulier, cum qua stuprum non committatur* (6).

Mascardo nella pruova del concubinato: *requiritur quod sit retenta in domo in schemate concubinae, quod est si praecedat protestatio, quae faciat mulierem concubinam, et ut ea sit mente ut velit ipsam tenere in habitu et schemate concubinae* (7). E nella pruova della qualità di figlio naturale: *ad probationem hujusmodi naturalitatis requiritur quod probetur conceptus et natus filius ex unica concubina in domo retenta uxorio affa-*

(1) *Prima pars. distinet. XXIII. C. VI.*

(2) *Ibid. C. IV. is qui non habet, e. C. V. Christiano.*

(3) *Decretal. lib. IV. tit. VII. cap. V cum haberes.*

(4) *Sess. XXIV de reformat. matrim.*

cap. 8.

(5) *Regula secunda praesumpt. Praesumpt. V. n. 5.*

(6) *Tit. I. quaest. VIII. naturalis an sit alendus a patre n. 10.*

(7) *Conclus. 341 n. 16.*

ctu, cum qua matrimonium esse potuisset (1).

Menochio ne' libri delle presunzioni: *ea est hujus sententiae ratio quia ut filius dici possit naturalis, plura concurrere debent, nempe quod sit natus ex concubina proprie sumpta, quae quidem dicitur proprie, quando uterque est solutus, inter quos potuerit esse matrimonium, et quod diu retenta sit in domo et in schemate concubinae, et quod cum eo*

solus ipse vir consuetudinem habuerit (2).

Le cennate autorità o tutte le altre che potrebbero essere addotte (essendo costante ed univoca la dottrina del foro intorno a' requisiti della filiazione naturale) rendono evidenti le due seguenti proposizioni: non si può ammetter possesso di stato ne' figli naturali, che non hanno *stato di famiglia*: non si può dichiarare la filiazione naturale senza conoscere della qualità della madre.

III.

Sin qua delle leggi antiche. Le nnovo leggi civili tra le pruove della filiazione della prole legittima, quando manchi il titolo della filiazione, che è l'iscrizione nel registro dello stato civile, ammettono il possesso di stato e determinano i fatti che legalmente lo costituiscono. Tali fatti sono: che l'individuo abbia sempre portato il cognome del padre cui pretende appartenere: che il padre l'abbia trattato come suo figlio ed abbia in questa qualità provveduto all'educazione, al mantenimento ed allo stabilimento di lui: che sia stato riconosciuto costantemente come tale nella società: che sia stato nella stessa qualità riconosciuto dalla famiglia (3).

O si ponga mente al titolo nel quale il codice parla del possesso di stato, o si attenda alla natura de' requisiti che la legge esige, è chiaro che le cure del padre unite al riconoscimento della società e della famiglia non possono verificarsi, se non ne'soli figli legittimi. Il fine poi della legge nell'aver stabilito una pruova di supplemento al titolo della filiazione è stato doppio; e se lo stato dell'uomo, dice Toul-lier, è determinato dalla sua nascita, la quale lo pone in tale, o tale altra famiglia, non può essere mantenuto in questo stato se non dal possesso, merè de' diversi o continui atti che lo costituiscono, o i quali risalgono senza interruzione dal momento presente insino alla sua prima infanzia. Questo possesso prova l'identità tra la persona, di cui si tratta ed il fanciullo nato in tal tempo, in tale luogo, da

tale padre e da tale madre, ed in una parola in quella famiglia nella quale tiene oggi quel posto, che vi prese nascendo. Lo stesso autore passando al secondo obbietto della legge: « se i registri dello stato civile son perduti o lacerati, se non hanno esistito, se si è ommesso d'iscrivere la nascita d'un fanciullo in un tempo in cui questi era incapace d'agire e di conoscere se stesso; è questa una colpa o una omissione che non può essergli imputata, e che non dee nè peggiorare il suo stato nè spogliarlo. L'aver goduto pubblicamente del posto che occupa nella sua famiglia dal momento della nascita basta per conservarlo in quello. Un tal godimento o possesso è il più antico genere di pruova, ed era altra volta il solo titolo dello stato degli uomini. Ciascuno apparteneva a quella famiglia nella quale era stato allorato in sin dal primo suo tempo. Il fanciullo che godeva dello stato di figlio legittimo di un tal padre e di una tale madre non era obbligato di dimostrare nè la sua filiazione nè il matrimonio dei suoi genitori. Alla pruova del matrimonio suppliva il diritto quando coloro i quali avevano pubblicamente vivuto come marito e moglie avessero avuto figli che avevano allevato come frutti d'una legittima unione. Questi figliuoli non dovevano provare che lo stato loro: un tale stato bene stabilito dalla pubblicità del possesso faceva per diritto presumere quello de' genitori senza necessità di risalire insino all'atto del matrimonio. Tal'era a rispetto di quest'articolo la disposizione del drit-

(1) *Conclus. 1090 n. 5.*

(2) *Lib. VI. Praesumpt. 54 n. 4.*

(3) *Articoli 241 e seguenti delle leggi civili.*

to romano. Se ne ha un testo decisivo nella legge nona *C. de nuptiis*. Si *vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domui habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae, neque ad natam filiam pertinentes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii aut susceptae filiae suam habet potestatem* (1). Ed ecco come le leggi nuove vanno a congiungersi colle antiche.

Per contrario disposizioni di legge affatto diverse regolano la sorte de' figli naturali. L'art. 263 vieta le indagini della paternità, e per la maternità non permette che il figlio sia ammesso a provarla per testimoni, se non quando vi sieno o un principio di prova scritta, o indizi e presunzioni gravi fondati sopra fatti certi e costanti (2). Abbiamo dalla storica esposizione de' motivi del codice, che la commessione incaricata del progetto aveva proposto di ammettere la prova testimoniale della maternità quando il figlio avesse un possesso costante della sua qualità di figlio naturale. Ma siffatta proposizione fu dal progetto risicata; sì che a' figli naturali sotto l'impero delle presenti leggi non resta altro scampo se non il volontario riconoscimento o la prova della sola maternità ne' casi determinati (3).

Ricapitolando dunque le cose dette giova in conclusione notare che secondo le leggi romane e canoniche, sebbene ogni specie di figli potesse avere un quasi pos-

sesso di filiazione relativa alla propria condizione, ciò non ostante non potrebbesi contestare prova confondere col *possesso di stato* propriamente detto, nè con quella di cui parla la legge nona *C. de nuptiis*. Le leggi canoniche più eque delle romane concedevano gli alimenti anche agli spurri, agli adulterini, ed agl'incestuosi. Ciascuno di questi figli vantare poteva un quasi possesso di filiazione. La prova di tal possesso poteva condurre il giudice alla dichiarazione della paternità, e per conseguente alla condanna degli alimenti. Ma la qualità di figlio naturale esigeva una doppia prova, l'una che dimostrasse la paternità, l'altra che escludesse per sino la possibilità de' vizi delle altre criminose congiunzioni. Era dunque questa, prova di paternità e di un dato genere di congiunzione e non *possesso di stato*; chè stato non avevano nè aver potevano i figli naturali!

Secondo le leggi nuove, essendo vietate le indagini intorno alla paternità, i figli nati fuori del matrimonio non possono far la prova del *possesso di stato*, e supplire per indiretto modo alla prova diretta che è loro negata; ed in altri termini, se il possesso di stato è ammesso dalle nostre leggi civili come una prova *suppletoria* del titolo della filiazione legittima, non può essere usurpata da' figliuoli naturali per dimostrare la paternità, perocchè fuori del matrimonio non vi è possesso di stato.

(1) *Toullier lib. I. Tit. VII de la paternité chap. II. n. 870 e 872.*

(2) *Art. 263 e 264 LL. Civ.*

(3) *Toullier ibid. chap. III n. 370.*

DISSERTAZIONE XVIII.

DELLA RAPPRESENTAZIONE NELLA LINEA TRASVERSALE.

I.

Tema del discorso.

Nella successione di eredità, in cui concorra un pronipote insieme con nipoti nati tutti da fratelli e da sorelle del defunto, già prima di lui trapassati, dee il pronipote rappresentare soltanto il genitore acciocchè venga così ad uguagliare l'immediato grado superiore; o dee la rappresentazione fare sparire le differenze de' gradi, e menar tutti nel luogo degli stessi fratelli del defunto?

La dubbietà nasce dall'esser noi accustomedi a leggere in due codici, cioè in quello che è propriamente nostro, e nel francese che ci piace riguardare come suo originale. L'abito ha preso in noi tal radice, che vogliam cercare la somiglianza anche dove la seconda legge ha voluto essere dalla prima dissimigliante. Questo è quel che a mio credere interviene nella presente quistione, la quale forse non sarebbe stata noppur suscitata, se dimenticate le straniero leggi, non avessimo preso altro testo a consultare, che gli articoli 663 e 664 delle *leggi civili*. Volendo leggere le nuove e le antiche insieme, cercasi la ragione de' cangiamenti fatti dal nostro codice nella materia della successione tra collaterali, o vuolsi quella trovare ora nelle leggi romane ed ora nelle francesi. L'interpretazione dee esser desunta da quelle, o da queste, o anche da altri esempi che eran forse presenti alla mente del legislatore?

Il capo III delle leggi civili, per la parte che concerne la rappresentazione e la successione de' collaterali, sta in mezzo a due opposti principi delle leggi romane e delle francesi. Giustiniano concedette a figliuoli de' fratelli il beneficio della rappresentazione, acciocchè concorrendo insieme co' propri zii, non fossero da co-

storo esclusi; ma limitò un tal beneficio a' soli figliuoli de' fratelli, acciocchè la successione de' collaterali fosse in ogni altro caso regolata dalla prossimità del grado. Per l'opposito il codice francese concedette a tutti i discondonti de' fratelli la rappresentazione, o sia volle che quel principio che reggeva la successione legittima nella diretta linea, la regolasse pure nella trasversale.

Le consuetudini della città di Napoli avevano altresì ampliato la rappresentazione giustiniana, imporeiocchè l'ammettevano in favor de' discendenti da fratelli si germani che eugini, ma richiedevano l'esistenza ed il concorso del fratello del defunto. Fuori di questo caso tornavano alla regola della prossimità. Potrà dirsi che le nostre particolari costumanze abbiano anche servito d'esempio a' cangiamenti fatti nel 1819?

Lo stesso dubbio si fa per rispetto alla legge transitoria dell'anno 1816 che modificò la successione francese in aspettativa d'un nuovo codice; nè manca chi pretende aver servito di esempli al nostro legislatore anche le varie e difformi consuetudini della Francia, e le stesse leggi transitorie quivi publicate prima del codice civile. Parlerò di questi esempi; ma siami permesso di porre per ora in confronto le nostre leggi co' due loro principali speechi, anche perchè la semplicità del ragionamento, necessaria nel proporre la quistione, richiede che io mi fermi soltanto al paragone colle leggi romane e colle francesi.

Secondo le leggi romano il pronipote sarebbe escluso senza controversia da' nipoti, che il vincerebbero per prossimità di grado; e per contrario se la succes-

sione si fosse aperta sotto l'imperio delle leggi francesi, non è dubbio che il pronipote e i nipoti risalendo tutti a fratelli del defunto avrebbero partito l'eredità in altrettante uguali porzioni corrispondenti al numero di questi ultimi. Ora gli articoli 663 e 664, l'interpretazione de' quali forma il nodo della presente questione, hanno certamente esteso la rappresentazione oltre a' figliuoli de' fratelli, ma hanno pure riconosciuto un diritto proprio ne' figliuoli de' fratelli, quando sieno morti gli zii che servir potevano di punto di congiunzione al defunto. Cotesto puoto di congiunzione no l' trovan forse i pronipoti ne' nipoti, o debbono tutti per un moto retrogrado ascendere insino agli estietti fratelli del defunto? Presupponendo che mancasse una chiara interpretazione letterale de' cennati articoli, da quale de' due opposti principi si dovrà ripetere la soluzione del dubbio?

Voler dare per pluralità d'argomenti, tratti dalla sola letterale interpretazione, la preponderanza all' uno sopra dell' altro, sarebbe lo stesso che commettere la sorte della legge alle presunzioni dell'uomo, o sia alle mere conghietture, ed a quali conghietture? a quelle dell'arte povera de' grammatici, in una parola all'arbitrio! Ma prima di ridursi a questa trista necessità, convien vedere se non abbia il legislatore spiegato la sua mente in qualche altro luogo dello stesso leggi; dappoichè se la particolare disposizione

degli articoli da' quali nasce il dubbio, fosse la conseguenza d'un principio generale altrove espresso, sarebbe viziosa cosa o servile il fermarsi alla lettera senza consultar la ragione della legge, e senza ricorrere allo spirito che l'anima, che la spiega e che la domina.

Il principio che mosse il legislatore romano a limitare il beneficio della rappresentazione a' soli figliuoli de' fratelli, fu il favore per la prossimità del grado; e laddove la ragione che indusse il legislatore francese ad ampliarlo, fu il favore per le linee. L'ambiguità dunque può essere sciolta con questa guida, cioè se le nostre leggi civili sien tornate all'antica regola, o abbiano abbracciato la nuova, o se l'abbiano dimezzata. Vedere quale sia il limite della rappresentazione, consultare il principio regolatore della successione collaterale, leggere nel complesso e nella correlazione de' suoi articoli il fine e la mente della legge, questa è la sola interpretazione che appartiene al sublime ufficio del giureconsulto e del magistrato. I diversi canoni del diritto civile intorno alla interpretazione dell'ambiguo senso delle leggi, sono generalità le quali può ciascuno trarre al suo caso o all'interesse del proprio argomento. La prima tra tutte le regole è, che la legge sta nel concetto e non nelle parole (1), e che la viola chiunque *verba legis amplectus contra legis nititur voluntatem* (2).

II.

Della successione romana e della rappresentazione giustinianea.

Io non voglio salire tanto alto insino ad indagare, se le leggi intorno alla successione prendano la loro sorgente nella natura o nelle generali convenienze della comunanza civile. Chiamo non pertanto legge di natura quella che è dettata dal voto unanime del cuore umano, o che nasce dall'uniforme consenso di tutti i popoli intorno alla stessa cosa, specialmente quando questa concerna la conservazione o l'utilità loro. Ravviso tutti

i caratteri di questa legge nell'ordine della successione diretta, uniformemente costituito da tutte le genti che si sono rette a popolo. Il padre ama ugualmente i figli e i discendenti che da quelli potrà avere: ama i primi come il mezzo della propagazione della famiglia e del nome suo: ama i secondi come il lice e come un novello mezzo della sua riproduzione: pone questi in luogo di quelli quando un prematuro fato recide la loro vita: provvede

(1) Bacon. de augm. scient. lib. VIII. cap. III Aphor. 67.

(2) L. 3 D. de legib.

con pari affetto alla conservazione ed alla prosperità delle sue emanazioni: in somma come elegantemente disse un greco poeta,

Del padre il figlio è la seconda vita (1). Se il carattere delle buone leggi è riposto nella loro conformità a' voti della natura, vuolsi conchiudere che unico e generale è il principio della successione diretta o de' *discendenti*. Un tale ordine contempla non il grado della coesistenza, ma lo stipite o sia la linea che ne discende.

Di qua prende origine la rappresentazione, che è il mezzo per lo quale il nipote e qualunque altro remoto discendente sostituisce al luogo del suo autore. Gli esempi delle prime leggi de' popoli ed il senso universale della ragione, espresso da tutti gli scrittori dell' antichità dimostrano, che per una conseguenza di quel principio che abbiain chiamato naturale, debbano i nipoti supplire al posto del padre (2). I giureconsulti espressero un tal diritto per le parole *succedere nel luogo del figlio, o supplire al posto del padre* (3). E siccome l'identità della ragione abbraccia del pari i nipoti e gli ulteriori discendenti, così ne segue che la rappresentazione nella linea retta debba necessariamente procedere in tutti i gradi: quindi Giustiniano disse: *in hoc ordine gradum quaeri nolumus, sed cum filius et filius ex praemortuo filio aut filia, nepotes vocari sancimus* (4). E qui gli spositori e gl'interpreti del diritto ripetendo le parole della *novella*, notano che la rappresentazione abbatte il grado, sì che dove l'una si mostra, l'altro tace (5).

Ma perchè la rappresentazione produca un tale effetto, ci fa mestieri che la legge le dia quella estensione che corrisponde al suo fine ed alla natura della succe-

sione, giacchè se ella avesse adoperato il solo vocabolo *rappresentazione*, non avrebbe detto altra cosa se non se quella espressa nel principio del capo primo della *novella* 118, cioè che il nipote *tantum de hereditate morientis accipiat, quantum ejus parens si viveret habuisset*. Ed in fatti fu necessario che il legislatore reodesse generale la rappresentazione tanto a' figliuoli quanto a tutti i loro discendenti, in qualunque grado fossero posti.

Quel che si è detto della naturale ed ordinaria successione de' figliuoli, nella quale ciascuno è considerato come capo d'una linea, va applicato alle linee artificiali, che gli statuti degli uomini e le civili convenienze hanno creato per amore de' fedecomessi, delle primogeniture o di alcui beni privilegiati. In questi casi si ammette in grazia d'una linea, e come per eccezione quel che la regola comune ed ordinaria stabilisce per tutte. Da queste generali nozioni ritorao al primo ordine delle successioni, che è quello dei discendenti, si vuol ricavare alcuae verità semplici ma luminose pel progresso del nostro discorso.

La sede propria della rappresentazione è nella successione de' discendenti.

La rappresentazione fa sparire la differenza de' gradi sin dove la legge vuole, o l'ideale della successione il comporta.

La rappresentazione all' infinito è un mezzo per chiamare alla eredità la linea e non il grado.

Diverso è il principio regolatore della successione de' collaterali, ma pure è fondato nell' esperienza, che è la principal sorgente di tutte le leggi secondarie, suggerite dall' ordine stesso delle civili società. E qui mi sia permesso ootare del nome di *sperienza* gli esempi della pluralità delle oazioni, e specialmente di

(1) Euripide in *Andromaca* v. 418.

(2) Libro di Giustiniano Cap. 16. 17.

Filone nella legazione a G. Galigola.
Demostene nella orazione contra Marcato.

(3) Ulpiano nella legge 7. D. de his qui sui vel alieni juris.

Lo stesso nella legge 36 D. de verbor. signif.

Modestino nella legge 2 §. non solum

D. de excus. tut.

(4) Novella 118 Capo. I.

(5) Mattia Stefano alla novella 118 n. 43.

Corrado Rittersuzio *Method. novell. exposit. summa* n. 7.

Van-Leven *cons. forens. lib. V. tit. XII. art. 1 §. 6.*

Poet ad D. de success. ab in test. jure noviss. et morib. n. 11.

quelle che sono state prime a gettar le fondamenta della sapienza civile.

Non la carità de' figliuoli, non l'amore della propria discendenza, non la continuazione delle speranze del genitore, ma gli abiti domestici e l'interesse delle famiglie e della società han sempre chiamato i prossimi congiunti a prendere in difetto de' discendenti il vacante retaggio del fratello, dello zio o del nipote. *Sequantur fratrum conjunctiones*, disse Cicerone, *post consobrinorum sobrinorumque, qui cum una domo jam capi non possint, in alias domos, tanquam in colonias ezeunt* (1). Una o più eccezioni di popoli che abbian seguito un diverso principio nel regolare la successione de' collaterali non può distruggere nè la convenienza delle ragioni, nè l'autorità del maggior numero degli esempi.

La legge Mosaica (2), le leggi Ateniesi (3), quelle degli antichi germani (4), quelle de' popoli nuovi che rinnovarono l'Europa (tranne poche eccezioni, che in gran parte derivano da difetto di storici monumenti) (5), chiamarono il prossimo congiunto all'eredità di coloro che morissero senza discendenti. Così pure avevan disposto le leggi delle dodici tavole in quel capo: *Aut si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*. Tutte insomma hanno riconosciuto la prossimità del grado come il principio regolatore della successione trasversale.

La regola stabilita dalle leggi delle XII tavole durò senza eccezione insino a Giustiniano, il quale volle per equità, o in un caso solo introdusse nella successione de' collaterali la rappresentazione: *si autem defuncto fratres fuerint, et alterius fratris aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre tuis masculis et foeminis: et quantumque fuerint, tantam ex hereditate accipient portionem, quantum*

eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset. . . . Huiusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum et foeminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum jura succedant. Nulli enim alii omnino personae ex hoc ordine venienti hoc jus largimur. Sed et ipsis fratrum filiis tunc hoc beneficium conferimus, quando cum propriis vocantur tuis masculis, sive paterni, sive materni sint. . . . Si vero neque fratres, neque filios fratrum (sicut diximus) defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus, secundum uniuscujusque gradus praerogativam, ut viciniorem gradu ipsi reliquis praeposantur; si autem plurimi ejusdem gradus inveniuntur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividatur, quod in capita nostrae leges appellant (6).

Senza disertare intorno alla equità della eccezione fatta dalla novella, certa cosa è che gl'interpreti la risguardarono come un diritto singolare. Antonio Fabro osservò: *jus repraesentationis quod Justinianea constitutione praeferat juris regulas singularem eorum privilegio induci necesse fuit, ut licet uno atque altero etiam gradu remotiores eum proximioribus tamen concurrerent* (7). E Vinnio distinguendo le due diverse specie della rappresentazione nota: *haec duae species certo jure distinctae sunt: in linea recta nunquam proximitas spectatur: in linea collateralis perpetuo et sola, unde unum tantum casum, eum quem diximus excepit Justinianus* (8). E prima di costoro, il chiarissimo Francesco Hotomanno: *cum imperator toties in illa novella profiteatur se jus hereditatum velle ad naturalis aequitatis rationem revocare; contra hoc loco facere videtur, et subtilitatem potius ac fictionem sequi, quam naturam imitari, quae perspicue suadet ut hereditas inter eos qui pari gradu discrepant, pariter aequaliterque distribuatur*

(1) *De offic. lib. I C. XVII.*

(2) *Libro de' numeri Cap. 27 n. 8.*

(3) *Samuel. Petit. in leg. attic. lib. 6 tit. 6 §. 9.*

(4) *Tacit. de morib. germ. cop. 20.*

(5) *Heinec. Elem. jur. german. lib.*

II §. 233 e seg.

(6) *Novella 118 cap. 3.*

(7) *Cod. Fabr. lib. VI tit. 33 defn. 1.*

(8) *Vinn. Instit. lib. III. tit. V. de successione lateralium.*

tur (L. 2 §. hereditas D. de suis et legit. hor.) (1).

La differenza tra la nuova rappresentazione di Giustiniano o l'antica, propria della linea diretta, apparisce dalla stessa novella, nella quale vien determinato il suo particolare effetto: *tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset*; ed indi appresso, *sed et ipsis fratrum filiis tunc hoc beneficium conferimus, quando cum propriis vocantur hiis*. Ora queste limitazioni confermano la prima conclusione che il vocabolo rappresentare altro non dice per se stesso, se non succedere nel luogo del proprio genitore: un tal beneficio concesso

all'intero ordine de' discendenti siccome fu fatto nel capo primo della novella, produce la contemplazione della linea; laddove concesso ad un grado solo, si contiene ne' limiti del proprio significato, e non fa che sostituire mercè d' una finzione di legge, la persona esistente al suo defunto genitore. Questo è quello che lo stesso Giustiniano spiegò nelle Istituzioni: *aequum esse videtur nepotes neptes in patris sui locum succedere* (2). Verrà qui appresso l'opportunità di dire che questo beneficio o indulto della legge non può mai nè turbare l'ordine de' gradi, nè rendere la condizione del grado seguente migliore dell' antecedente.

III.

Contrarietà delle due glosse di Azone e di Accursio.

Dalla interpretazione della novella nasce non pertanto la celebre controversia tra le scuole di Azone o di Accursio. Azone il primo nella sua *somma* antivedendo il caso della successione tra soli nipoti senza il concorso d' uno zio, credette risolverlo giusta il senso della conata novella al seguente modo: *quod filii fratris defuncti vocantur in stirpes, quando cum patruo succedant suo patruo. Si vero nullus frater superest defuncto, filii fratrum in capita vocantur* (3). Non piacque cotesta soluzione ad Accursio che la contraddisse notando. *Si vero nullus frater superest defuncto, filii fratrum in capita succedunt: sed contra dico; nam idem esse, si soli sint fratrum filii* (4). Le contrarie opinioni de' due maestri furono una scintilla d' incendio tra i loro seguaci nel tempo in cui l'ingegno europeo ora rivolto agli studi ed alle controversie del diritto. Omettendo la parte storica di tal controversia, tra' dotti e nel foro divulgata, acconterò soltanto che le opinioni ouseggiavano per l' ostinazione

de' partigiani, quando la successione ad una grande eredità suggerì all' Imperatore Carlo V l'idea di far decidere la stessa controversia dalla Dieta di Spira, congregata nel 1529 col fine di comporre le dissensioni religiose e le politiche discordie di quel tempo. Era allora costume di compromettere nelle Diete dell' Impero la decisione di cause relative alla successione di signorie e di principati, e di far quelle arbitri di quistioni di diritto di grande importanza politica. La Dieta si pronunziò per Azone, sì che con una prammatica di Carlo V de' 23 aprile 1529 fu stabilito, *ut fratrum sororumque filii, si soli sint, in capita non in stirpes succedant* (5).

Notabili sono i motivi dell' oracolo della dieta, perbè fondati sopra l' equità naturale, astrazion fatta dalla manifesta disposizione della novella: *filios fratrum inter se partiri debere hereditatem patri in capita, ita ut quot sint capita, tot etiam fieri debeant hereditariae portiones. Iniquissimum enim censui, si*

(1) Fr. Hotomann. *Quaest. illustr.* lib. 2. XIV.

(2) De heredit. quas ab intest. defer. §. 6 cum filiis.

(3) In summa codic. de legit. hered. n. 7.

(4) Auth. cessante C. de legit. hered.

(5) Strichio. *Dissert. de success. fratrum ab intestato* n. 24 e 25.

Heinecc. *De ortu et progressu jur. german.* lib. 2 cap. 4 §. 104.

Fachineo. *Controv. lib. VI cap. 3.*

pari gradu conjunctae sed multiplicatae soboli naturalis successionis commodum adimeretur, data illis praerogativa qui non gradu conjunctionis sed numero essent pauciores: cum aliqui pro rerum natura inter pares non cedat quid precipuum, sed pares merito pari debeant jure censeri (1).

Non meno gravi sono le ragioni addotte dagl' interpreti di più sano giudizio i quali seguirono l' opinione di Azone, come la più coerente al senso ed al fine della legge.

Francesco Hotomanno volle liberamente esaminare gli argomenti ch' eransi per l' una e per l' altra parte addotti, e non formò il soggetto della decimaquarta delle sue *questioni illustri*. E dopo aver dimostrato per argomenti, dirittamente ricavati dalla lettera e dal senso della *novella*, erronea l' opinione di Accursio, aggiunse al suo ragionamento l' autorità di un libro postumo del giureconsulto Gajo, a' suoi tempi prodotto in luce: *Cum haec superioribus annis scripsissemus, ac saepe disputassemus, ecce nobis fragmenta ex libris institutionum Gaii, singulari P. Pithoei eruditissimi viri beneficio in lucem prodierunt: in quibus tit. 16 caput hoc citat, quo disputatio illa nostra plenissime confirmatur. Quod si defuncti nullus frater exiet, sed sint liberi fratrum, ad omnes quidem hereditas pertinet. Sed quaesitum est, si dispari numero sint, forte nati ex uno unus vel duo et ex altero tres aut quatuor, utrum in stirpes dividenda sit hereditas, sicut inter suos heredes juris est, an potius*

in capita. Jamdudum autem placuit, in capita dividendam hereditatem. Itaque quotquot erunt ab utraque parte personae, in tot portiones fuerunt: ubi fortasse legendum est, tot portiones erunt. Quin etiam paullo post caput hoc ex Paul. jurise. subiungitur: si duorum fratrum sint liberi, non in stirpes, sed in capita hereditas distribuitur, scilicet ut pro numero singulorum: virium distribuat hereditas, ubi non dubito, quin restituendum sit marium, ut foeminas excludat: quemadmodum capite in sequenti ostenditur.

Antonio Fabro rilevò non potersi ammettere la rappresentazione senza necessità, allorchè i figliuoli de' fratelli posti in ugual grado avevano un diritto proprio (2). La stessa ragione fu detta da Mattia di Stefano: *si fratres et sorores sint soli, tunc illi defuncti fratris vel sororis hereditatem dividunt in capita, quia omnes suo jure veniunt, et ejusdem sunt gradus* (3). Giovanni Voet considerò che il diritto di rappresentazione introdotto per un soccorso al grado più remoto, non mai potesse essere dannoso agli altri (4); e che essendo dalla linea collaterale esclusa la rappresentazione all' infinito non dovevasi un tal beneficio ammettere se non nel caso preveduto dalla *novella* (5). In conclusione la sentenza di Azone piacque ugualmente alle scuole d' Italia, a quella di Bourges ed agl' interpreti di maggior nome sì che prevalse nel foro di tutte le nazioni di Europa (6).

Ora tra per dimostrare come siasi a' no-

(1) Cristineo in leg. municip. civilatis Moehliens. tit. 16 art. 1, §.

(2) Fabro Cod. lib. VI. tit. 33 def. 1.

(3) De jure noviss. nov. 118 num. 95, 96.

(4) Foet ad Pandect. lib. 38 tit. 17 num. 16.

(5) Cum utique jure veteri nullum fuerit dubium, quin in linea collaterali cessaverit in universum representationis jus, nec cum patris sui fratrum filii concurrerint ad patris defuncti successionem, atque insuper soli existentes fratrum praedefunctorum filii patris defuncti non in stirpes, sed in capita successerint: ex quibus omnibus nihil jura

novo a Justiniano immutatum invenitur, praeter id quod fratrum filii cum suis possunt tunc seu patris ad patris defuncti concurrere hereditatem, atque ita uno tantum hoc in casu jus representationis admissum fuerit. L. 38 § 16.

(6) Donello lib. IX. Cap. IV n. 5.

Hotoman. Quaest. illustr. c. 14.

Cujac. lib. II feudor. tit. II.

Duareno in consuet. feudor. c. 9 n. 10.

Perreio in Cod. lib. 6 tit. 38 n. 7.

Fachineo controuv. lib. 6, §.

Gudelino de jure noviss. lib. 2 cap. 13 n. 6.

Ritterusio de jur. noviss. part. 2. cap. 13 §. 13.

stri tempi riprodotta la controversia di Azone e di Accursio, e per formare un giusto concetto delle diverse conseguenze alle quali tendeva l'opinione di ciascuno de' due, mi sia permesso presentarla in termini oggi più noti ed usati. Azone voleva riconoscere ne' figliuoli de' fratelli un grado ed un diritto proprio. Accursio voleva che godessero di quello che avrebbe loro dato la rappresentazione. Que-

gli voleva che si fosse tornato alla regola della prossimità del grado, questi intendeva creare un diritto di linea ne' fratelli. Se la opinione di Accursio fosse stata vittoriosa, come fu quella di Azone, non vi sarebbe stato che un sol passo a dare per abolire la prerogativa del grado, e rendere lineale la successione de' collaterali, togliere cioè la limitazione *non ultra filios fratrum*.

IV.

Della successione e rappresentazione delle consuetudini napolitane.

Le consuetudini napolitane (lasciando stare ogni altra erudita ricerca intorno alla loro origine) non potevano nella materia della rappresentazione scontrarsi col diritto romano, perchè da quello differivano, anche nella cardinal regola della successione collaterale, che è la prossimità del grado. La consuetudine *si quis vel si qua* ha due parti: nella prima dispone cho morendo taluno intestato e senza prole, *proximiores ex parte patris succedunt in bonis omnibus defuncti, praeterquam in bonis quae obtenerunt eidem defuncto a matre vel aliquo ex linea materna in quibus proximiores ex parte matris succedunt*. Vuolsi cominciar dal notare che ella porta in fronte scritta la linea paterna e materna, e la conservazione de' beni in ciascuna di esse. Nella seconda parte poi segue a dire: *sed si morienti ab intestato absque liberis, supersunt frater seu fratres, nepotes et pronepotes et in infinitum descendentes ex fratre vel fratribus praemortuis, tunc licet frater sit in gradu proximior decedenti, nihilominus filii vel filiae, nepotes et nepes, et pronepotes et alii descendentes ex fratre vel fratribus, aequaliter succedant cum fratribus defunctae personae, in stirpem scilicet*.

Di qual ordine di successione parla la prima parte, domanda a se stesso Napodano. Giova leggere gli originali concetti di questo acutissimo interprete a null' altro secondo per penetrazione e per rettitudine di giudizio. *Quaero modo, de qua linea intelligimus ipsum aphorismum. Et*

*de descendenti non videtur intelligi, nam ibi cessat praerogativa proximitatis. Cum filia non excludit descendentes ex alio praemortuo ut supra proxima consuetudine dixi, cuius ratio est, quia in linea descendenti habet locum subingresso in infinitum; et sic male diceret hic proximiores, nisi vellet dicere quod haec consuetudo corrigat supra proximam consuetudinem . . . Item de linea collaterali non videtur intelligi, quia in illa etiam cessat praerogativa proximitatis, cum habeat in ea locum subingresso in infinitum, sicut in linea descendenti secundum hoc jus municipale, ut infra §. xpo si mortuus; dal che conchiude che la prima parte concerne la successione degli ascendenti (1). Indi passando alla parte seconda della medesima nota: *iste §. fuit positus per cives in prima scriptura consuetudinum istarum, facta de mandato Regis Caroli II, et fuit positus ad declarationem dicti secundi ordinis succedenti, ubi statuitur indifferenter servari praerogativam gradus, ut illa praerogativa gradus cesset, cum est quaestio inter fratres defuncti et filios et caeteros descendentes fratris praemortui, et sic ita succedant ipsi descendentes ex persona patris eorum in infinitum, sicut fratres superstites et hoc scilicet in infinitum, quod est contra jus commune (2).**

Napodano dunque attesta che la consuetudine, di cui lo scopo era di conservare i beni paterni e materni nelle linee dalle quali erano provenuti, aveva contro il diritto comune sbandito la regola della

(1) N. 124 e 125.

(2) N. 268.

prossimità, ed introdotto la rappresentazione, o sia la *subingresso* in infinito; dal che si desume l'incompatibilità della prerogativa del grado dalla cennata *subingresso*. Ciò non ostante questa fu dalla nostra consuetudine stabilita nel solo caso, in cui fosse vivente un fratello del defunto ed insieme con lui concorressero i discendenti degli altri già morti, siccome il dicono chiaramente le parole *licet frater sit in gradu proximior decedenti*.

D'altra parte la consuetudine uscendo anele da' limiti della *novella* ammise alla rappresentazione i figliuoli e i discendenti de' cugini così per padre come per madre, ma sempre colla stessa condizione che esistesse il grado prossimo immediato o sia il fratello del defunto, insieme col quale concorressero i discendenti degli altri già morti. E come regolavasi nel distretto di lei la successione de' discendenti de' fratelli o germani, o d'un lato solo, o cugini quando si fossero presentati alla eredità d'uno zio o d'un prozio? È facile il rispondere anche senza consultare le autorità. I casi che non erano retti dallo statuto, rimanevano nella disposizione del diritto comune. Così intervenne anche per la ragione, che nelle nostre consuetudini fecesi quello stesso che erasi praticato per tutti gli altri statuti e per le stesse leggi barbariche. I chiosatori e gli interpreti cercarono ridurle al senso della legge romana, giustamente risguardata come il fonte della sapienza legislativa. Del resto acciocchè qui non manchi neppure l'autorità, una decisione del presidente de Franchis, e tutti gli scrittori del nostro foro dimostrano essersi sempre seguita la sentenza di Azone nei casi dalla consuetudine non preveduti.

De Franchis: *de jure consuetudinario civitatis Neapolis in linea transversali*

clarum est dari subingressionem, quando moriente fratre supersunt una cum alio fratre vivo nepotes vel pronepotes et deinceps secundum consuetudinem sed si morienti; quod etiam procedit quando moreretur frater patruelis, amilinus et consobrinus, superstite alio fratre patruelis amilino et consobрино, una cum filiis alterius fratris patruelis, consobrimi et amilini, ut declarat Napodanus in dicta consuetudine. Sacrum Consilium judicavit non dari subingressionem ultra filios fratrum. E passando in seguito alla ragione della cennata decisione, aggiunge: *ibi datur successio in stirpes, ubi est subingressio, quod fit ad relevandum patruos, in quorum praejudicium filii alterius fratris existentis remotiori gradu admittuntur, ut minus noceant, et in locum eorum patris subingrediantur, qui pro eadem rata cum fratre succederet* (1). All'autorità di cotesta decisione fanno eco il cardinal de Luca (2), il consigliere Paolo Stimano (3), il Rovito (4), il Sorge (5), i nostri esimii giuristi Giuseppe Maffei e Vincenzo Aloï (6), e per sino Diego Civitella autore del trattato delle successioni consuetudinarie (7).

In conclusione di questo argomento, la consuetudine *si quis vel si qua* non somministra un esempio opportuno, perchè la specie del nostro caso non è in quella compreso. Potrebbe sì bene essere allegata come un'altra pruova della costante osservanza data tra noi alla sentenza di Azone, il che trovai sovrabbondantemente dimostrato. Ma per l'opposito spande grandissima luce sopra l'indole e i caratteri della rappresentazione, e sopra le differenze che distinguono le successioni per linee da quelle per gradi.

(1) *Decis. XXIV.*

(2) *De success. ab intest. Disc. VIII*
n. 10.

(3) *Observat.* 181 n. 6.

(4) *Consil.* 23.

(5) *Enucleat. jur. T. VI p. 74.*

(6) *Annot. a Domat T. IV n. 4.*

(7) *Trattato delle success. consuet. (ed. napol. del 1785) Sez. III pag. 83.*

Della successione e rappresentazione francese.

Non è nostro intendimento di ripetere la storia delle nuove opinioni che entrarono nella discussione del codice de' francesi, tra perchè sono state unite insieme ed altrove pubblicato, e perchè i libri che le contengono, formano oggidì la comune erudizione del nostro foro. Ma è necessario rannodare la moderna giurisprudenza francese all' antica, per intendere da qual punto siasi partito e dove siasi giunto.

La sentenza di Azone, sostenuta come abbiain detto de' più illustri nomi della scuola di Bourges, trionfa ne' paesi della Francia che reggevasi col diritto romano; e valse come ragione scritta e come esempio di autorità in molte altre parti di quel regno, le quali vivevano col proprio diritto *consuetudinario*. Inutile sarebbe l'esporre quali e quante fossero le particolari costumanze che regolavano la successione collaterale: alcune per grado, altre per linea, molte con rappresentazione, altre senza; diverse infine con rappresentazione, ora conforme alla *novella*, ora di quella più estesa. Cotesta difformità regnava non solamente nella impropria rappresentazione della linea trasversale, ma ancora nella diretta, ed in ogni altro ordine di successione. La varietà delle leggi fece sentire il bisogno della uniformità, ed il primo frutto di tal bisogno furono le leggi de' 13 di aprile del 1791, e de' 17 nevoso dell' anno II. Colla prima fu data la rappresentazione all' infinito nella diretta linea, colla seconda la stessa rappresentazione fu applicata alla linea trasversale.

Così reggevasi la Francia quando si apersero i lavori o le discussioni del nuovo codice civile. La questione, se i nipoti posti in pari grado dovessero succedere per capi o in stirpe, fu dibattuta e deliberata dopochè erasi ammesso il principio della rappresentazione all' infinito. Tardi per conseguente Azone ricomparve in presenza di Accursio. E sebbene

due grandi giureconsulti, i lumi de' quali risplendono in tutte le discussioni del codice, avesser tenuto le parti di Azone; pur tuttavia era stato già preoccupato il principio il quale decideva della conseguenza. Azone fu vinto, siccome attestano Merlin (1), Toullier (2), e gli altri espositori del diritto francese (3). Valge in questo lungo la menzione de' due vecchi autori della *Somma* per dimostrare, che furono essi gli entesigiani delle opinioni dibattute nelle adunanze francesi intorno alla rappresentazione de' nipoti! E sia pur questo un esempio della verità, che siccome la speranza è il miglior paragone della bontà d' ogni legge, così il miglior vanto delle presenti leggi civili, è quello di essere state calcate sull' immortale forma delle antiche. Passa infine questa breve digressione confermare il rispetto dovuto alle profonde idee delle antiche scuole del diritto, e radicare nei moderni giureconsulti il costume di ripetere da quelle il principio di ogni loro disputazione, non altrimenti che i poeti dell' antichità facevano del simbolo della prima sapienza: *A jove musarum primordia!*

Ora, passando al codice francese, quel che abbiain inteso fare i nuovi legislatori, ed in che le loro idee differiscano dalla *novella* di Giustiniano, conviene desumerlo dalla connessione delle sue disposizioni. La Francia aveva sempre amato le successioni per linea, il che nasceva non solamente dalla regola *paterna paternis* che quivi era generalmente seguita, ma anche dalla multiplice differenza de' beni, a ciascuna specie de' quali corrispondeva una legge o una particolare usanza di succedere: *beni mobili, beni acquistati* (acquêts), *ereditari* (propres), *ereditari nuovi, ereditari antichi, paterni, materni, ereditari di linea, ereditari senza linea*, formavano a un tempo stessa nomenclatura di beni ed indice di diverse successioni, tutte lineali. Tali differenti specie di beni rendevano soprat-

(1) *Repert. V. Représentation.*

(2) *Droit. Civ. lib. 3 cap. 3 n. 196.*

(3) *Pandectes françaises art. 753.*

tutto difficili, implicate e varie le successioni de' collaterali e degli ascendenti. Il primo scopo della nuova legge fu l'uguagliare i beni, ed il formarne uo patrimonio unico e omogeneo, che dalle mani del defunto passar dovesse agli eredi. Ma la regola *paterna paternis* fu conservata, sì che la successione per linee fu preferita all'altra per gradi. Si velle non pertanto estinguere le tracce dell'origine dei beni ed evitare che si andasse ricercando la loro provenienza; sì che si cercò in una specie di transazione il mezzo onde questo temperamento potesse stare insieme col principio *paterna paternis*. E però s'immaginò di partire in due metà qualunque eredità devoluta agli ascendenti o a' collaterali. Cotesto sistema seco trasse la conseguenza che i fratelli d'un lato solo formassero linee distinte da' germani; e che i beni correr dovessero per ciascuna linea, senza passare all'altra, se non quando fossero affatto mancanti gli ascendenti e i collaterali di quella che si estingueva. Adunque il favor della linea fu il primo regolatore de' due ordini di successione, degli ascendenti cioè e de' collaterali. La prossimità del grado sottentrava soltanto e per la distribuzione de' beni in ciascuna linea o per lo passaggio loro da una in un'altra. Tal'è la somma de' principi e de' fini della legge esposti da' suoi così detti oraleri (1); tale è il concetto ed il complesso delle idee contenute negli articoli 733, 734, 746, 750 insino al 755 del codice francese.

La rappresentazione doveva per necessità servire di mezzo alla successione così predisposta ed ordinata: doveva corre per tutti i gradi e perpetuamente, siccome era stata presso di noi per le consuetudini napolitane: gl'individui di ciascuna linea non dovevano avere grado proprio, ma si bene confondere il proprio in quello del capo della linea da cui discendono. Imperciocchè quando la prossimità del grado ha fatto venire i beni in una fa-

miglia, l'uguaglianza e la reciprocazione del diritto esige che si trasmettano per quel mezzo stesso per lo quale si sono acquistati; laddove quando vi sono entrati pel favor della discendenza, è necessario che vi restino per l'intera durata di quella. Ciascun discendente, atteso il titolo della provenienza ha un diritto uguale agli altri della stessa linea; la disparità del grado non costituisce differenza di diritto, ma di semplice preminenza. E però fu non solamente eccitata, ma necessaria la disposizione dell'articolo 742 dello stesso codice: *nella linea trasversale, la rappresentazione è ammessa in favor de' figli e discendenti da' fratelli o dalle sorelle del defunto, sia che essi concorrano alla successione co' loro zii o zie, sia che essendo premorti tutti i fratelli o sorelle del defunto, la successione trovissi devoluta a' loro discendenti in gradi uguali e ineguali*.

Dalle cose sin qua dette, e dal paragone della legge co' suoi motivi, apparisce manifesto che la viterria di Accursio fu nelle adunanze francesi decisa, non quando si ridussero insieme i termini dell'articolo 742, ma allorchè fu risolta la successione per linee. La sentenza di Azone era per se stessa vera, e conforme alla lettera ed allo spirito della *novella*, siccome falsa ed erronea fu a quel tempo l'opinione di Accursio. Quegli in una successione regolata per prossimità di grado velle non turbare l'ordine de' gradi stessi: questi pretese creare linee, dove linee non erano. Ma mutato il principio furono per necessità mutate le conseguenze. Il codice francese dunque non per simpatia di opinioni, ma per una giusta correlazione d'idee confuse i gradi nel concorso di nipoti nati da diversi fratelli; e per esprimere la costante necessità della rappresentazione in qualunque caso, si valse delle parole *eguali o ineguali* che fossero.

(1) *V. specialmente il rapporto di Chabot (de l'Allier) al tribunato, in nome*

della sezione di legislazione intorno al progetto di legge delle successioni.

VI.

Che importi la rappresentazione ne' gradi eguali.

Ammettere la rappresentazione così ne' gradi eguali come negl'inequali, è lo stesso che togliere a' discendenti la prerogativa del grado, e dare loro il diritto del comune autore, o stipite, o capo della linea che voglia dirsi; laddove limitarla a' soli gradi inequali, vale lo stesso che concedere un beneficio a' più remoti, acciocchè non sieno esclusi da' prossimi. Nel secondo caso i discendenti i quali trovansi in egual distanza dal comune stipite rappresentano il grado loro, o sia son chiamati alla successione per cagione della prossimità o del proprio diritto. È questa una verità che può dirsi *intuitiva*, perchè nasce dalla natura stessa della cosa: la vide Voet e l'addusse come ragione della successione per capi, quandochè i figliuoli de' fratelli si trovassero in gradi eguali (1). Ora da tale distinzione la quale caratterizza le diverse specie della rappresentazione, nascono diversi modi di enunciare la medesima verità: la rappresentazione ammessa anche ne' gradi eguali, fa risalire i più lontani discendenti insino allo stipite comune: ammessa ne' soli gradi inequali serve ad uguagliare il rimoto al prossimo: l'una sconosce i gradi intermedi: l'altra presuppone e riconosce il grado proprio de' congiunti: l'una è propria della successione de' discendenti: l'altra è propria della collaterale:

quella insomma è conseguenza delle successioni per linee: questa delle successioni per prossimità di grado.

Da ciò segue, che avendo voluto le leggi francesi stabilire la successione per linee tra' collaterali, dovettero per necessità spiegare nell' articolo 742, che la rappresentazione, nella linea trasversale è ammessa tra discendenti in gradi eguali o inequali. Gli autori delle moderne leggi, e i loro oratori trasportarono dalla successione de' discendenti a quella de' collaterali, e non sapremmo dire con quanta verità, il principio della presunta affezione del defunto pe' suoi ultimi nipoti (2). Checchè sia della verità di tal presunzione, dallo stesso principio nascer doveva la medesima conseguenza. La rappresentazione prese tra i collaterali la figura che aveva tra i discendenti: quindi la regola scritta per questi nell' art. 740, fu colle stesse parole nell' articolo 742 anche per quelli ripetuta. In questo articolo e non altrove giace l'anomalia della legislazione francese a rispetto della rappresentazione nella linea collaterale. Imperciocchè nel seguente articolo 743 si dà una regola comune ad ogni specie di rappresentazione, cioè che quando questa è ammessa, la divisione dell' eredità debba farsi per *istirpi*.

VII.

Che importi il succedere in stirpe.

Si vuol prendere da Giustiniano la definizione de' vocaboli *succedere in stirpe*, per vedere di poi, se abbiano essi conservato la medesima significazione nelle moderne leggi.

Nelle istituzioni, parlandosi di questo modo di succedere, è detto *aequum esse videtur, nepotes nepotesque in patri sui locum succedere* (3). Vinnio nella sposi-

zione del citato paragrafo spiega praticamente il significato di tal successione, anche in contrapposto di quella per capi. *Capita sunt personae unius aut plurium stirpium. Stirpes sunt generis origines, veluti filius est stirps nepotum, nepos stirpis pronepotum. In capita toties succeditur, quoties personae succedentium proprio jure, et ex sua persona veniunt:*

(1) Voet ad Pandect. lib. 38 tit. 17 num. 16.

(2) V. il discorso di Treilhaut n. 82

ne' motivi del codice francese.

(3) Instit. de heredit. quae ab intest. defer. §. 6 cum filius.

in stirpes, cum veniunt jure repraesentationis, id est ex persona ejus in cuius jus et locum successerunt (1).

Prima di Giustiniano, avevano gli altri giureconsulti romani dato la medesima definizione del *succedere in stirpe*. Ulpiano aveva detto, *nepos filii loco succedit* (2); e Modestino, *nepotes filii locum supplent* (3). In conferma di che giova avvertire che il vocabolo *rappresentazione* non fu adoperato nè da Giustiniano nè da altro più antico giureconsulto, ma fu inventato nelle scuole per comodità del linguaggio legale e fu censurato come barbaro da' colti scrittori del diritto (4). Infatti quando lo stesso Giustiniano esprimer volle un tal modo di succedere, disse nella novella 118: *quam successionem in stirpes vocavit antiquitas*; e quando ne volle determinare l'effetto, spiegò che il nipote prender dovesse tanto della eredità, quanto ne avrebbe preso il padre suo, se fosse in vita (5). In fine non lessico della latinità universale o legale dà alla parola *repraesentatio* quel significato che comunemente le si attribuisce nel linguaggio speciale della materia (6). La così detta rappresentazione dunque altro non è se non la successione in stirpe, sì che l'un modo di dire è un perfetto equivalente dell'altro.

Che la stirpe poi sia quella del proprio genitore o non de' rimoti ascendenti, rilevasi non solamente dall'autorità degli antichi, ma anche dalla testimonianza del nostro Presidente de Franchis, il quale comunque esaminasse una quistione nata sotto l'impero delle consuetudini napoletane, val quanto dire in un caso di successione lineale, pur tuttavia avvertì: *verbum in stirpes declaratur per impetorem* in §. cum filius Instit. de heredit. quae ab intest. defec. Consuetudo e-

tiam praedicta deferens successionem in stirpem filius fratrum, INTELLIGATUR DE STIRPE RUIUS QUI SUCCEDERET, SI NON ESSET MORTUUS, NON AUTEM DE STIRPE, UNDE DEFUNCTUS DESCENDIT (7). Sin qua del significato romano, o latino del foro.

Passando ora all'antico diritto della Francia, le parole *stirpe* e *rappresentare* ebbero quivi la medesima significazione che avevano nel romano. Pothier dice che la rappresentazione avvicina il nipote al padre per farlo sottentrare nel suo posto; per modo non pertanto che il rappresentante non abbia mai più di quel che avrebbe avuto il rappresentato (8). E venendo al nuovo, Merlin definisce la rappresentazione come la *surrogazione legale di un uomo vivente ad un uomo morto*, o come il *diritto per lo quale il figlio prende il posto del padre defunto e ne esercita i diritti* (9). Gli stessi espositori del nuovo codice civile avendo voluto dare l'idea e la definizione della rappresentazione dissero: *è giusto di dare a' figliuoli mercè d'una finzione favorevole il diritto di rappresentare il padre loro, e di prendere la sua porzione nella successione come se egli visse ancora* (10). E qui vuolsi avvertire che tutte le addotte definizioni sono date dagli scrittori antichi e moderni in proposito della rappresentazione della linea diretta, nella quale ella è ammessa all'infinito.

Ma si dirà forse, se nella diretta linea la rappresentazione è ammessa all'infinito, e se il pronipote dee rappresentare non solamente il padre ma l'avo, non è esatta la definizione nè è sufficiente la finzione legale, che li fa salire soltanto al posto o alla stirpe del padre. È facile la risposta: la legge non allunga le stirpi, nè finge contra la natura e la realtà delle cose: se il padre e l'avo non avevano

(1) Fininio. Instit. lib. III Tit. 1 ad §. 6.

(2) L. 7. de his, qui sui vel alieni juris.

(3) L. 2. §. 7. de exsulationib.

(4) Hotomann. de jure regni Galliae lib. III.

(5) *Tantum de hereditate morientis accipiat, quantum ejus parens si viveret habuisset*. Novell. 118 Cap. 1.

(6) Forellini. Lexic. tot. lat.

Caleini Lexic. jurid.

Hotomann. Comment. verb. jur.

Briçon. de verbis. signif.

(7) Decis. 149 n. 3.

(8) Pothier Traité sur les successions §. III de l'effet de la représentation.

(9) Répertoire V. Représentation.

(10) Treilhard discorso n. 52. all'art. 740.

altro diritto se non quello di sottentrare ciascuno nella rispettiva stirpe, un tal diritto è prolungato all'infinito a' loro discendenti, in guisa che se il padre di ciascuno non aveva grado proprio, ma solamente diritto di prender quello del suo immediato autore, un tal diritto si esercita dall'ultimo anello della discendenza nel modo stesso come l'avrebbe esercitato il primo. In altri termini, nella linea retta i discendenti salendo dall'ultimo de' nipoti al figlio, son tutti rappresentanti l'uno dell'altro, in sino a che giungano al rappresentato. Cotesta spiegazione toglie ogni ambiguità, e dichiara le seguenti verità :

il succedere in stirpe è una espressione perfettamente omonoma del rappresentare :

si l'una ebe l'altra voglion dire, che il rappresentante prende il luogo del rappresentato, o sia il figlio del padre, ed il pronipote del nipote :

per effetto così dell'una come dell'altra, il figliuolo sottomette nel diritto del padre, né può aver più di quello che il padre stesso avrebbe avuto :

quando la legge abbia ammesso la rappresentazione in infinito, non è già che

il nipote divenga figliuolo dell'avo, ma sta dirimpetto all'avo come ci sarebbe stato il padre suo.

Premesse tali verità, leggiamo ora l'articolo 743 del codice francese : *in tutti i casi ne quali la rappresentazione è ammessa, la divisione si fa per stirpi. Se uno stesso stipite ha prodotto più rami, la suddivisione si fa anche per stirpe in ciascun ramo, e tra i membri del medesimo ramo la divisione si fa per capi.* Cotesto articolo è messo nella sezione la quale tratta della rappresentazione in generale, o sia tanto di quella che ha luogo nella linea retta, quanto nella trasversale, ed anche nella superiore degli ascendenti, se mai costoro concorrano insieme co' fratelli del defunto : esso per conseguente non muta l'indole della rappresentazione o della successione in stirpe, ma contiene una regola comune a tutti i modi del rappresentare : riguarda la divisione della eredità, o sia l'esecuzione di quanto ha la legge innanzi disposto: non considera la successione in stirpe se non come l'effetto della rappresentazione. Servo insomma all'applicazione pratica di tutti i precedenti articoli, de' quali è conseguenza.

VIII.

Cangiamenti fatti dalle nostre leggi civili.

I nuovi principj intorno alle successioni, introdotti tra noi dalle leggi francesi, non avevano coerenza con le nostre antiche idee, e ci vennero quasi staccati dalle abitudini del tempo che avevale preceduto. Insino a che non fosse compiuta una più estesa riforma, una legge temporale o *transitoria* annunziò il pensiero, che il sovrano volgeva nell'animo di rettificarli ed avvicinarli agli antichi costumi ed all'interesse delle famiglie. Questa legge, che è de' 26 di gennaio 1816, nel suo proemio disse : « Una delle riforme più vivamente affrettata dal desiderio universale, riguarda l'ordine delle successioni attualmente in vigore. Questa parte di legislazione introdotta nel regno da pochi anni sotto l'occupazione militare, si oppone alle abitudini ed a' costumi de' nostri popoli, conculca gl'interessi del-

le famiglie, sdegnata di consultare le affezioni del cuore umano, devia dallo scopo politico o morale, al quale debb' essere diretto l'ordine delle successioni » 1. Da questo proemio nacque l'articolo 3 così espresso: « Nella linea trasversale godono della rappresentazione solamente i figli de' fratelli e delle sorelle del defunto, ancorchè non esista alcun d'lui fratello e sorella. In tutti i casi ne quali la rappresentazione è ammessa, la divisione si farà per stirpi ».

Non è dal proemio di questa legge né dalle sue disposizioni che io voglia servirmi per interpretare le leggi attuali, ma ella non può non essere riguardata come il principio della nuova serie delle idee che prepararono la riforma fatta nell'anno 1819. Che fece la legge del 1816 ? Restituita in osservanza la regola della no-

tella, non ultra filios fratrum, ma risolvetta la questione de' nipoti nel senso di Accursio, o sia ampliato alquanto la rappresentazione senza portarla all'infinito: fece migliore la condizione de' nipoti, ma restituì la regola della prossimità del grado: fu in somma la prima delle nostre leggi, la quale rifiutò la regola della successione per linee. Vengo alle leggi civili la lettura delle quali de' esser fatta al modo stesso praticato per le francesi.

Le nozioni generali messe in fronte al codice francese contengono due regole: la preferenza delle linee insino a che linee esistano: la prossimità del grado, quandochè cessi l'esistenza e per conseguente il favor delle linee. Il nostro legislatore caecia via la prima e ritiene la seconda, e per conseguente toglie gli articoli 733 e 734 del codice francese: parla della linea, come d'una serie di gradi e come mezzo da distinguere i diversi ordini di successione: dichiara volerla riguardare soltanto ne' casi espressi (1). Cotesti casi formano eccezione, siccome resterà anche meglio dichiarato per la loro enumerazione. Intanto deesi tenere come certo che de' due principi regolatori della successione francese, tolto il primo resta solamente il secondo, cioè la prossimità del grado.

Coerenti alla riforma del principio cardinale, le stesse leggi mutano l'articolo 746 delle francesi; ed alla successione per linee, ivi stabilita in favor degli ascendenti paterni e materni, surrogano la successione del padre, della madre, ed in loro difetto degli altri ascendenti secondo la prossimità del grado (2); per la stessa ragione, passando all'ordine dei collaterali scompongono l'intero titolo del codice, ed a sei articoli, che lo for-

mavano, sostituiscono i due, di novello conio che leggonsi nel titolo della *successione de' collaterali* (3). Per virtù di questa intera trasformazione fu tolta via la partizione in due metà, o quando sopravvissessero il padre e la madre, o quando si trovassero figli di diversi matrimoni, o quando mancando i fratelli fossero superstiti da una parte ascendenti e dall'altra congiunti più rimoti: fu cancellata infine la disposizione finale che escludeva dalla successione i parenti di una linea insino a che esistessero quelli dell'altra, a cui appartenevano i beni (4).

Ma quali sono i casi espressi, ne quali le nostre leggi dicono di voler contemplare le linee? Non ve ne ha che un solo nello successioni regolari, quello cioè de' discendenti. In quest'ordine i discendenti, scolti dalla regola della prossimità del grado, succedono al primo loro autore con perfetta parità di diritto. E per una conseguenza di tale eccezione dopo la definizione della rappresentazione (5), l'articolo 661 stabilì la rappresentazione all'infinito tra i discendenti, tanto nei gradi eguali quanto nell'inequali (6). Sin qua le nostre leggi essendo colle francesi uniformi, dovevan per necessità ammettere le disposizioni, le quali erano proprie della natura di quell'ordine di successione.

Per l'opposito passando all'ordine dei collaterali, avendo sbandito il favor della linea e preso quello della prossimità del grado, dovevano per una pari necessità di ragione temperare a questa forma la rappresentazione. Laonde coll'articolo 663 ammisero la rappresentazione in favor de' figli e discendenti da fratelli soltanto ne' gradi ineguali, e disposero che quan-

(1) Art. 653 delle LL. CC.

(2) Art. 668 e 669 delle LL. CC.

(3) Art. 672 e 673 delle LL. CC.

(4) Art. 650 a 653 del Codice francese.

(5) Art. 660. La rappresentazione è una finzione della legge, il cui effetto è di fare entrare i rappresentanti nel luogo, nel grado, e ne' diritti del rappre-

sentato.

(6) Art. 661. La rappresentazione nella linea retta ha luogo tra i discendenti in infinito ed in tutti i casi, sia che i figli del defunto concorrano co' discendenti di un figlio premorto, sia che mancati di vita tutti i figli del defunto prima di lui, i discendenti si trovino in gradi eguali o ineguali.

do essi fossero in gradi eguali si succedesse in capi e senza rappresentazione (1). Son

questi gli articoli, nell' interpretazione de' quali la controversia è riposta.

IX.

Interpretazione degli articoli 663 e 664 delle leggi civili.

Dopo aver veduto in che le nostre leggi differiscano dalle francesi, seguiamo il proprio testo ed interpretiamolo per se medesimo, senza attendere alle cose prese dal suo archetipo, o da quello riscattate. La comparazione tra l'uno e l'altro potrà formare una interpretazione secondaria, utile a comprovare la verità della letterale.

Dovendo la prima interpretazione nascere dal proprio significato delle parole e dell' ordine delle idee del legislatore, gli articoli 663 e 664 delle leggi, spiegati per quelli che li precedono e li seguono, offrono un senso non solamente evidente ma unico, il quale risulta dai seguenti argomenti.

1. Per estendere nella linea diretta la rappresentazione oltre a' suoi naturali effetti, il legislatore ha creduto necessario (dopo averla definita nell' articolo 660) di soggiungere nell' articolo 661 che ella ha luogo tra' discendenti in infinito, che si trovano in grado eguale o ineguale. Per tal modo la rappresentazione acquista in quest' ordine di successione la forza di portare i gradi più remoti insino allo stipe comune della discendenza. Ora se questo articolo mancasse, chi negherebbe, che anche nella linea retta la rappresentazione resterebbe ne' cancelli dell' articolo 660?

2. Per dare lo stesso effetto alla rappresentazione nella linea trasversale sarebbe necessaria una simile disposizione, concepita o negli stessi termini o in altri equivalenti. Ma una tal disposizione manca. Adunque la rappresentazione è in quest' ordine di successione diversa dalla pre-

cedente, o sia torna ne' limiti dell' articolo 660.

3. Nell' articolo 663 la rappresentazione è ammessa ne' soli gradi ineguali, vale a dire, è data per avvicinare il grado remoto al prossimo, e non per abbattere i gradi superiori.

4. Che questo e non altro sia l' effetto della rappresentazione nella linea trasversale risulta dalla espressa disposizione dell' articolo 664, dove nel caso dei gradi eguali è detto che si succeda in capi e senza rappresentazione.

5. Se i discendenti da fratelli posti in grado eguale tra loro, e privi di ogni punto di congiunzione col defunto, succedono egualmente, son manifeste due conseguenze volute dalla legge: la prima che essi acquistino un diritto proprio per la prossimità del loro grado; la seconda che non debbano più salire al comune stipe.

6. Ogni legge non può nè dee prevedere tutti i casi, ma quelli soltanto che danno la regola agli altri. Questa regola sta nel doppio caso de' gradi eguali e degl' ineguali: in quello è stabilito il principio della successione per prossimità, o sia del diritto proprio de' congiunti; in questo la massima che la rappresentazione serve ad uguagliare, e non ad abbattere il grado.

7. L' articolo 664 comprende per conseguente così il caso in cui i discendenti da fratelli si trovino nello stesso grado, come quello in cui alcuni sieno più vicini ed altri più remoti. Li comprende entrambi anche per la forza de' termini adoperati dal legislatore. Imperciocchè nell' au-

(1) *Art. 663. Nella linea trasversale la rappresentazione è ammessa in favore de' figli e discendenti da fratelli o dalle sorelle del defunto, sia che essi concorrano alla successione co' loro zii e zie, sia che essendo premorti tutti i fratelli e le sorelle del defunto, la succes-*

sione si trovi devoluta a' loro discendenti in gradi ineguali.

Art. 664. Se i figli o discendenti da fratelli e dalle sorelle si trovino in grado eguale, succederanno tutti in capi senza rappresentazione.

tivedere il caso della perfetta uguaglianza, si è servito delle parole *succederanno tutti in capi senza rappresentazione*. Da ciò segue che se non tutti fossero nello stesso grado, alcuni succederebbero per capi, ed altri con rappresentazione. Cotesta interpretazione è tanto più necessaria quanto rimarrebbero nell'opposto senso inutili le parole *tutti*, e *senza rappresentazione*.

8. Coerentemente al significato della parola *rappresentare*, a quello del vocabolo *stirpe*, ed alle disposizioni degli articoli 663 e 664, il legislatore nel seguente articolo 665 parlando della suddivisione, ha riferito i suoi alla stirpe di ciascuno de' discendenti. Avendo detto *se in una medesima stirpe vi sieno più rami*, ha anche meglio dichiarato che la rappresentazione non corre tra collaterali insino allo stipite, ma si limita a paraggiare le differenze delle stirpi.

9. Avendo la legge definito il significato legale de' due vocaboli *stipite* e *stirpe*, non è lecito scambiare l'uno per l'altro, senza peccare contro la sua letterale disposizione. Ha definito lo *stipite* negli articoli 657, 658 e 659, come l'origine o il tronco della discendenza; ha definito la stirpe negli articoli 660 e 663.

Se dunque il succedere nella stirpe è diverso dal succedere nello stipite, l'estendere la rappresentazione dall'uno all'altro contiene ad un tempo un error di diritto ed una espressa violazione di legge.

Gli addotti argomenti dimostrano a sufficienza che il testo delle nostre leggi civili ha in se quanto serve a sciogliere la controversia, e a snodare i sofismi della contraria sentenza. Facciamo ora come gli aritmetici, i quali ricompongono la dimostrazione, dopo averla fatta per la via dell'analisi. Cerchiamo di penetrare addentro nella mente del legislatore e di scorgere la ragione delle differenze tra le leggi antiche, le francesi e le nostrali.

La rappresentazione secondochè mira o a favorir le linee o a uguagliare i gradi, parte da due principi tanto opposti tra loro, quanto l'uno ravvicina quel che l'altro respigne. La successione collaterale può essere retta o dall'una o dall'altra regola, ma ella acquista un carattere proprio a misura che la legge sceglie o questa o quella, come principio regola-

tore delle sue disposizioni. Possono talvolta stare insieme, ma successivamente e non contemporaneamente, in guisa che non alternino insieme, e dove l'una comincia, l'altra cessa; altrimenti si porrebbero in azione due principi che distruggonsi a vicenda. Questa ripugnanza che è nella mente del legislatore, è pure nella giustizia la quale è una sua emanazione. La stessa ragione produce sempre un medesimo diritto: le cose stabilite per utilità degl'individui, delle famiglie, delle civili società, sono costanti e generali: a tutti è data la facoltà di testare; per tutti dispone la legge quando essi non si oppongono alla facoltà loro concessa, il fratello il nipote o il più rimoto congiunto succedono sempre allo stesso modo. Appartiene alla sapienza della legge lo scegliere un principio più che un altro nel regolare le successioni, ma quello una volta stabilito, siccome non può variare, così non può essere interpretato per modo che ne risulti un effetto ora simile, ora diverso.

Le leggi romane scelsero la regola della prossimità del grado nella successione de' collaterali, e per eccezione la rappresentazione ne' primi gradi della medesima, giacchè fu diretta ad avvicinare il terzo al secondo grado. Le consuetudini napoletane scelsero come regola la conservazione delle linee, e per eccezione la prossimità del grado. Ma lo stesso favor della linea cominciava dal suo primo autore e si andava gradualmente perdendo per le ulteriori suddivisioni della discendenza. Le leggi francesi seguirono pure l'amor delle linee, e siccome partivano da una origine simile a quella delle consuetudini napoletane, così procedevano con principi pressochè simili.

Le nostre leggi han proscritto le linee, han richiamato la prossimità del grado, ed hanno per eccezione ammesso la rappresentazione. Chi crederebbe che questa eccezione dovesse distruggere la prossimità, e quel che meno può concepirsi, giovare a rimoti più che a' prossimi congiunti? Ampliando anzi questa proposizione, chi crederebbe che dopo entrato il grado prossimo, debba la rappresentazione cacciarlo, ed essere così l'istrumento di una parzialità, la quale resiste al principio regolatore della successione? Per

la prima volta contro alla ragione ed all'autorità di tutti gli esempi, la rappresentazione sarebbe stata introdotta per gli ultimi gradi della congiunzione, e non po' primi. Se allo stesso modo ragionassero gli amatori delle linee, si potrebbero trovare qualche esempio di leggi, le quali cominciasse dal favoreggiare il grado insino al decimo della congiunzione, e dall'undecimo in poi l'abbandonassero per introdurvi le linee.

Astraendoci ora dagli assurdi delle conseguenze, piace paragonare insieme i troncamenti colle giunte da noi fatte al codice francese. Abbiamo mutato il principio regolatore della successione trasversale; abbiamo rifiutato la falsa presunzione dell'uguale affezione del defunto pei prossimi come pe' rimoti; e abbiamo sostituito alla linea la prossimità del grado, ed abbiamo per eccezione ammesso la rappresentazione dello stipite nel solo ordine de' discendenti. Tali mutazioni precedono gli articoli 663, 664 e 665 delle leggi civili. Cotesti articoli coerenti ai principi innanzi stabiliti, cancellano la rappresentazione ne' gradi eguali, o sia, danno a' congiunti un diritto proprio; limitano la rappresentazione a' soli gradi ineguali, o sia la riducono al solo ufficio di uguagliare il grado, e sostituiscono al vocabolo *stipite* la voce più propria *stirpe* per dinotare la differenza tra la nostra rappresentazione e la francese. Come poteva meglio il legislatore fare intendere la sua mente? La investigazione dello

spirito della legge non solamente dà maggior lume a' due primi argomenti di sopra addotti, ma rende quelli sopra tutti gli altri trionfanti. Non solamente manca nell'ordine de' collaterali una disposizione simile a quella dell'articolo 661; ma questa disposizione che prima era scritta nell'articolo 742 delle leggi francesi è stata cancellata nel nostro articolo 663 delle nostre leggi civili.

L'interpretazione d'una legge dubbia non è se non un giudizio, di cui la conseguenza dee nascere da quel che ha voluto il legislatore e da quel che ha detto. Che han voluto gli articoli 663 e 664 delle leggi civili? Stabilire la prossimità del grado tranne che ne' casi della rappresentazione. Che han detto? I figli e i discendenti de' fratelli succedean sempre nella stirpe de' loro genitori, e prendano quel che costoro avrebbero avuto, se fossero in vita. La prossimità del grado comincia da' figliuoli de' fratelli, o sia dai nipoti. Adunque il pronipote deve rappresentare il padre per uguagliare il grado da cui sarebbe vinto. Non può rappresentare l'avo o il bisavolo senza intrudere nel senso della legge un'idea che manca, anzi senza restituire quella che a' è stata tolta. Cotesta idea sarebbe: *la rappresentazione nella linea collaterale non serve ad uguagliare il grado, ma ad abatterlo*. E sarà permesso argomentare dal codice francese al nostro, in quelle parti appunto nelle quali è stato *abrogato*?

X.

Pratica dimostrazione degli assurdi ne' quali cadrebbe la contraria interpretazione.

Nel ricorrere agli esempi di assurdi, ne' quali cadrebbe l'ipotesi della rappresentazione all'infinito ne' discendenti dei fratelli, io non intendo trarre argomento da' casi, ne' quali la fortuna delle discendenze rende vario l'effetto delle leggi di successione. Un simile argomento sarebbe vizioso, dappoichè accuserebbe la legge degli avvenimenti della natura, o sia della condizione stessa degli uomini.

A questa verità si riferisce la regola di Hotomanno, *ubi fortuiti casus par in utrumque partem ratio est, neuter laedi videtur* (1). Ma non può la cennata regola essere applicata agli errori, alle disuguaglianze ed alle contraddizioni che nascer potrebbero dal fatto della stessa legge. Cotesti errori sarebbero nella sua mente: la sua ragione invece d'essere prudente e sempre uguale a se stessa,

(1) *L. si pater* 12 *C. de inoff. test.*

Hotman. Quaest. illustr. C. XIV.

diverrebbe cieca e fortuita come il caso. Lasciando i molti esempi che sono stati altra volta addotti, paragoniamo la legge con se stessa nelle due seguenti ipotesi.

La legge stabilisce la regola della prossimità del grado, perchè parte dalla presunta affezione che ognuno ha pe' suoi più stretti congiunti: fa una eccezione a questa regola in favor de' figliuoli dei fratelli, acciocchè costoro non abbiano a patir danno dalla perdita de' loro genitori: vuole che in tale caso i figliuoli prendan quello, che avrebbe avuto il padre, se non fosse stato loro rapito dalla morte. Stabiliti tali principi, due morti nello stesso tempo avvenute aprono le successioni d' uno zio in due diverse famiglie, la sorte delle quali dipende dalla provvidenza della medesima legge.

In una il defunto lascia un fratello e due nipoti nati da altro fratello già prima di lui trapassato. Costoro concorrono insieme con gli zii viventi e ricevono la metà della eredità. Qua la prossimità del grado conserva la sua efficacia, e la rappresentazione serve al suo scopo: i nipoti non risentono danno dalla perdita del padre loro, e ricevono per beneficio della legge quello stesso che avrebbero ricevuto dalla mano del padre.

Nell'altra famiglia poi sopravvivono al defunto dodici nipoti nati da un fratello, ed un pronipote discendente da un altro. Costesto pronipote prende la metà, ed i dodici nipoti l'altra metà, o sia la vigesima quarta parte dell'eredità. Qui la prossimità del grado non giova a' nipoti: la rappresentazione oltrepassa il suo fine; non serve più a riparare il danno che il più remoto avrebbe sofferto per la perdita del genitore, ma diviene un strumento di buona fortuna pel remoto in danno dei prossimi: qui insomma distrugge la presunta affezione del testatore, ed il principio regolatore della successione. Inutilmente i nipoti direbbero al pronipote, voi dovete rappresentare il padre e non l'avo; inutilmente ancora addurrebbero l'esempio della successione dell'amico o del vicino, per dimostrare praticamente l'effetto della rappresentazione: non gioverebbe loro l'osservare che nell'altro caso i nipoti distavano dal fratello del defunto tanto, quanto il pronipote dista

da essi. L'analogia del diritto, anzi l'argomento dal più al meno, non sarebbero una ragione sufficiente per mettere il pronipote a livello del loro erede. Sarebbe in questo caso improvvisa la fortuna o la legge?

Mutata l'ipotesi solamente a rispetto della congiunzione de' fratelli, faciasi lo stesso paragone tra i nipoti de' germani ed il pronipote nato da fratello per un lato solo.

La legge ha abborrito la successione per linee: l'ha reputata contraria alla naturale carità pe' prossimi congiunti: l'ha risguardata come ingiusta, perchè preferisce le civili convenienze alle naturali relazioni delle famiglie: ha creduto che l'ordine delle successioni dovesse provvedere al bisogno delle famiglie più numerose: ha tanto abbondato in questi sensi, quanto ha messo in perfetta parità di diritto i fratelli germani con quelli per un lato solo congiunti: ha ammesso anche i figliuoli e i discendenti di costoro al beneficio della rappresentazione.

Ora presupponghasi che ad una successione collaterale ai presentino dodici nipoti nati da un fratello germano ed un pronipote discendente da un fratello uterino del defunto. Costui per lo beneficio della rappresentazione prenderà la metà dell'asse del remoto zio materno, comechè i beni venissero dall'altro lato, e i nipoti del germano riceveranno appena la vigesima quarta parte del proprio patrimonio. Non solamente sarebbero inutili le ragioni, che nella precedente ipotesi avrebbero addotto i nipoti, ma se si domandasse da quale legge parte un sì ingiusto favore, si risponderebbe: dalla interpretazione d'una legge che divideva i beni per linee, e che poneva i fratelli uterini in una linea diversa da quella de' germani.

E siccome queste due leggi in realtà sono state successivamente tra noi in uso, così per colmo dell'assurdo si può immaginare l'altra seguente ipotesi, non senza speranza o timore di vederla verificata.

Sotto l'impero delle leggi francesi e per virtù dell'articolo 732 delle medesime erasi divisa una eredità in due parti uguali in favore di due linee di figli nati da diversi matrimoni. Abrogate poi quelle leggi, i fratelli uterini che averan preso la parte loro dovuta, muoiono lascian-

do un tal retaggio a' propri figliuoli e discendenti. Un loro pronipote viene ora a concorrere insieme co' nipoti dell'altra linea, e per beneficio della rappresentazione loglie ancora un'altra metà de' beni della linea paterna, e ne lascia a dodici nipoti della stessa linea soltanto la vigesima quarta parte. Un tal beneficio lo riconoscerà dalle leggi civili, le quali sono succedute alle francesi, e si dirà che è una conseguenza di quella rappresenta-

zione, che conveniva alla successione lineale. Si dirà insomma che le nuove leggi hanno voluto abolire questa specie di successione, lasciando ferma una parte delle sue conseguenze, o perchè han mancato di antivedimento, o perchè han voluto nuocere a coloro a' quali intendevano giovare, ipotesi tutte inique alla sapienza del legislatore ed alle regole della sana interpretazione.

XI.

Risposta alle obiezioni.

L'evidente senso degli articoli 663 e 664, non ci dispensa dal far conoscere i motivi della contraria opinione, nè dal dimostrarne l'insussistenza, comechè la confutazione nasca di per se stessa dalle cose sin qua dette. Due principi si sono in contrario assunti, e questi son valuti ad illudere anche uomini di grave giudizio: l'uno che l'articolo 664, come eccezione del 663, non possa essere applicato se non al easo in cui tutti i discendenti da fratelli trovinsi in gradi eguali tra loro: l'altro che il rappresentante importi sempre necessità di risalire al comune stipite. Entrambi partono dal falso presupposto, che debbasi spiegare le nostre leggi per mezzo delle francesi, anche dove abbiám voluto da queste dipartirci.

1. Quale uso potrà farsi delle leggi francesi nella presente controversia?

Le leggi vanno sempre reputate come il parto spontaneo della somma potestà che le ha dettate, qualunque sia la fonte alla quale le abbia attinte, o l'esempio che abbia voluto seguire; e tranne il caso in cui lo stesso legislatore abbia permesso ricorrere ad altre in supplimento delle proprie, sarebbe un diminuire la sua autorità, e fare ingiuria alla sua sapienza, dichiarandola figlia delle altrui concezioni. Dirò anzi che l'argomentare da una legge che non è nostra, e che è stata solennemente abrogata, non potrebbe essere ammesso nella severa discoltazione de' giudizj, se non supponendo che il legislatore avesse detto: io ridò questa legge acciocchè voi l'eseguiate per ciò che differisce da quella che l'ha preceduta. In questa ipotesi la nostra

prenderebbero la figura d'uno statuto di rinvio contro alla legge madre o comune, che sarebbe la francese. Ed in questa stessa ipotesi il legislatore non avrebbe scritto un codice ordinato e connesso in tutte le sue parti, ma avrebbe pubblicato un solo decreto riformatore di quelle parti che avesse voluto emendare. In somma ogni legge è di sua natura *autoerata*, e dee essere per se stessa interpretata.

Ma la giurisprudenza non ricorre alla prima fonte delle leggi, per spiegarle ed interpretarle, e noi non ricorriamo tutto giorno all'autorità de' giuriconsulti e delle decisioni francesi per farne una sana e retta applicazione? Sì, ma in quelle parti interamente simili ed intatte, nelle quali potendo dire che abbiamo uno stesso diritto, è necessario ricorrere alla stessa ragione. L'argomento dunque può nascere dalla somiglianza, anzi dalla identità delle due leggi, e non dall'autorità del codice francese. E qui invoco anche io il presidio della regola, *posteriores leges adpriorum pertinent, nisi contrariae sint*. Possono dirsi simili due leggi di successione, le quali partono da principi affatto diversi? In conclusione l'articolo 664 sarà una eccezione dell'art. 663 che lo precede, se questo è il solo cangiamento fatto nella successione trasversale, e sarà regola, se è la conseguenza di un principio diverso.

La risposta data alla prima obiezione assorbe le altre, ma pure giova esaminarle, o perchè la stessa ragione prende sovente l'aspetto che le danno le parole, colle quali vien diversamente enunciata; o perchè non sempre riesce facile lo sco-

pire i legami tra le proposizioni particolari e le generali.

« 2. La rappresentazione, si dice come un generale aforismo, abbatte il grado e non ammette altra successione se non quella in stirpi. E per conseguente il creare una rappresentazione graduale, ebo non vada agli stipiti da quali muove la congiunzione, è un confondere la successione in stirpi con quella de' rami. È una specie di rappresentazione anomala, ignota a qualunque altra legislazione ».

Convengo che la rappresentazione abbatta il grado. L'abbatte sempre nell'ordine de' discendenti, perchè ivi è ammessa la rappresentazione dello stipite, per virtù dell'articolo 661. L'abbatte pure nelle successioni delle consuetudini napoletane, perchè ivi era anche ammessa la *subingresso* all'infinito. L'abbatte infine nel sistema delle leggi francesi, perchè quelle riconoscono per loro principio l'uguaglianza delle linee e non la prossimità del grado.

Ma nelle nostre leggi civili che hanno seguito l'opposta regola della prossimità, e dato un grado proprio a' figliuoli dei fratelli, la rappresentazione non abbatta se non quel grado a cui è concessa una tale prerogativa: l'abbatte per eccezione e non per regola.

Per la novella 118 la rappresentazione abbattava il terzo grado per farlo salire al secondo. Per le nostre presenti leggi, abbatta il grado de' discendenti quando concorrono insieme co' fratelli del defunto, ma cessa di abatterlo quando la successione è passata a' nipoti. È da questo punto in poi rientrando ne' suoi limiti, abbatta il grado inferiore per farlo salire insino al superiore immediato.

Gli esempi da quali si è voluto ricavare la massima, che la rappresentazione abbatta il grado, sono di leggi le quali ammettevano la rappresentazione all'infinito. La massima dunque è vera in se stessa, ma è applicata ad un caso opposto.

« 3. La parola *stirpe* ha tra i suoi significati quello di *rodice* e di *progenie*. L'altra *parens*, adoperata da Giustiniano e da Gaio per esprimere il luogo nel quale il rappresentante s'innesta, comprende ogni remoto ascendente. E infine le parole succedere in *stirpes* così nelle istituzioni di Giustiniano, come in altri luoghi

dell'antico diritto sono applicate alla successione de' nipoti e de' pronipoti nel luogo dell'avo e del bisavolo ».

Cotesto argomento è vizioso, perchè trasporta la questione dal senso legale delle parole al gramaticale, da' vocaboli di specie a quelli di genere, e dal significato proprio al traslato. Imperciocchè quando la legge ha determinato il senso delle parole, non è permesso sconvolgerlo per esempi tratti da diversi significati che le stesse parole aver possono nel vario uso della lingua. Ciò si chiama viziar la definizione o sia toglierle la forza e l'autorità che la ha dato la legge (*L. 1. de reg. jur.*). Ora Giustiniano definì le parole successione in stirpe, *quantum parens eorum fuisset habiturus, si vixisset*, nè altro significato ebbero mai quelle parole nel linguaggio del diritto (*Brisson. de verbor. signif. r. stirps*). Quindi il ricorrere a' poeti o agli etimologisti è un uscire dal soggetto.

Uno scambio simile e forse meno excusabile, si fa della parola *parens*, il cui significato proprio è singolare e non collettivo. E qui per non toccar l'etimologia basta fermarsi alle parole stesse di Giustiniano: *parens eorum*, o in *parentis sui locum*. Che poi i giuriconsulti, siccome notò Festo, avessero renduto generale a tutti gli ascendenti il vocabolo proprio del padre e della madre, non è una ragione per ampliarne il significato anche quando è adoperato per dinotare il genitore. Togliasi a questo modo il nome alla specie per darlo al genere, o sia rinegasi il proprio per lo traslato. Tali osservazioni sono confermate da due luoghi di diritto che si allegano in contrario per dimostrare l'improprio significato delle voci *stirps* e *parens*.

Nel paragrafo VI delle istituzioni parlasi della successione diretta, e della generalità de' nipoti e pronipoti; e ciò nonostante Giustiniano, acciocchè non si confondesse l'effetto della rappresentazione all'infinito col mezzo per lo quale ella si opera, lo limita alla rispettiva generazione di ciascuno in *parentis sui locum*. E nella legge 2. *Cod. de suis et legitimis hered. gl'imperatori Diocleziano e Massimiano dicono: nepotes ex diversis filiis totius numeri avo succedentes ob intestato, non pro virilibus portionibus*,

sed ex stirpibus succedunt; il che vuol dire, che le stirpi sono tante, quante le generazioni per le quali i nipoti distano dall'avo; e che l'espressione *succedere in stirpem parentis*, è meglio spiegata e dichiarata dall'altra *succedere o ex stirpibus parentum*. Notisi infine che si ricorre sempre alla rappresentazione all'infinito, per disnaturare quella tra collaterali.

« 4. Esistendo un fratello vivente del defunto discendenti di grado remotissimo salgono insino al posto suo, il che dimostra la *subingresso* insino allo stipite ».

Cotesta obbiezione scopre meglio di ogni altra il vizio del ragionamento. Cercasi insomma convertire in regola quel che è stabilito per eccezione. La rappresentazione è data nell'ordine de' collaterali per uguagliare il grado prossimo, e però la legge ha concesso un tal beneficio non solamente a' figliuoli, ma anche a' discendenti de' fratelli. In quella disuguaglianza di gradi è necessario salire insino al fratello, perchè i pronipoti godano del beneficio loro concesso; laddove essendo più prossimi i nipoti, la rappresentazione non può essere estesa oltre al fine della legge, nè contra il legale significato delle parole.

« 5. La rappresentazione è indivisibile ne' suoi effetti ». A quest'ultima proposizione conviene per poco fermarsi quanto basti a svilupparla, onde s'intenda ne' suoi giusti limiti e non si trasporti da un caso all'altro, siccome potrebbe farsi da coloro che invocano una tal massima.

La rappresentazione è indivisibile, nel senso che colui il quale ne ha fatto uso voglia passare ad un diritto diverso, tra coloro di rincontro a' quali si è giovato della rappresentazione.

I figliuoli de' fratelli germani, che si erano valuti del beneficio della rappresentazione per escludere i fratelli congiunti da un lato, o gli zii del defunto giusta la disposizione della *novella*, non potevano dividere la stessa eredità in ca-

pi. La ragione è manifesta, giacchè quello stesso diritto di cui tutti eransi giovati contro al terzo, dee fare stato tra essi. Una tal conclusione è vera così per principi di diritto, come per autorità di opinioni e di cose giudicate (1). Ma come una tal dottrina potrà essere applicata alla presente questione? I nipoti non vogliono succedere per rappresentazione, ma in capi o sia per proprio diritto o per la prerogativa del proprin grado, e vogliono che il pronipote rappresenti il padre suo: non intendono mutar diritto rispetto al pronipote, ma vogliono che questi salga insino al grado loro. Se da quel caso si potesse trarre argomento a questo, ne seguirebbe che di più congiunti sarebbe vietato che alcuni succedano per diritto proprio ed altri per rappresentazione. Quella proposizione cangiata in questa conterrebbe un *error manifestus*. La *novella* 118 distingue anche nella linea de' discendenti il diritto proprio dei figliuoli da quello de' nipoti che vengono per rappresentazione all'infinito (2); torna a distinguerlo nella successione dei collaterali (3); lo distinguevan pure le leggi antecedenti a Giustiniano (4). Ma a che ricorrere all'autorità delle antiche leggi, se quel che ora si presenta come assurdo è una testuale disposizione degli articoli 667 e 671 delle leggi civili. Nel primo de' due è detto che i figli succedono a' genitori ed agli ascendenti per capi, quando sono tutti nel primo grado, o chiamati per proprio diritto, o per stirpi quando tutti o alcuni di essi vengono per rappresentazione; e nel secondo « che i fratelli o i discendenti de' fratelli morti concorrono insieme col padre, colla madre, o coll'ascendente; i genitori, gli ascendenti, e i fratelli in capi, e i discendenti de' già morti per diritto di rappresentazione e in stirpe ».

Molto meno può addursi come inconveniente, che l'eredità dello stesso uomo potrebbe essere in due diversi modi partita, cioè ora in capi, ed ora in stirpi.

(1) *Pothier. Trattato delle successioni. Cap. II. pag. 143 e seguenti.*

Merlin. Repert. art. double lien sect. 1 §. 2.

Représentation sect. 2 §. 4 n. 3.

(2) *Nov. 118 Cap. 1.*

(3) *Nov. 118 Cap. 3.*

(4) *L. 1 D. de suis et legitim. hered. L. 8 §. quoniam D. de inoff. test.*

Cotesta obbiezione non è nuova, anzi è ornata della ruggine dell' antichità, ed è anche coperta del nome di uno de' più grandi maestri del diritto, ma non però può dirsi solida o vera: ella fu addotta come ragione contra la sentenza di Azzone da coloro i quali sostenevano l'opposta di Accursio. Hotomanno vi risponde, e mi piace finire con una sì chiara autorità: *Negandum est, absurdum esse, unius ejusdemque hominis hereditatem varie pro casuum et personarum varietate dividi: hoc est modo in stirpes, modo in capita. Nam etiam antiquo et perpetuo jure hu-*

jus hominis hereditas, si ex duobus filiis nepotes succedebant, in stirpes dividebatur; ejusdem hereditas si fratrum filii, et (ut vulgus loquitur) ex fratribus nepotes succedebant, in capita dividebatur (1).

Molte altre cose sono state obiettate come conseguenze o appendici delle cennate proposizioni: molti argomenti di analogia sono stati ricavati dalle antiche leggi: ma avendo noi ricondotto ogni quistione a' suoi principi, crediamo aver pure risposto alle loro conseguenze.

CONCHIUSIONE.

Da un capo all'altro di questodiscorso due idee ricorrono sempre e formano la base degli argomenti d'una parte e delle obbiezioni dell' altra. A dichiarare queste due idee basta una definizione ed un principio generale di diritto.

Che s' intende per *rappresentare*? Lo stesso che succedere nella *stirpe* del proprio genitore. Se questo è il significato della parola, è necessaria un' altra disposizione di legge la quale prolunghi la catena della rappresentazione insino al comune stipite. Cotesta disposizione manca nelle leggi civili: era nell' antico codice francese, ma è stata tolta nel nostro: ha dunque ora un significato ed un effetto diverso da quel di prima.

Qual è il principio regolatore della nostra successione collaterale, la prossimità del grado, o la prerogativa delle linee?

Nissuno potrà dire che non sia la prossimità del grado. Così essendo, la rappresentazione nell' ordine de' collaterali è eccezione e non regola. Se è eccezione, può

servire ad uguagliare il grado e non a distruggerlo.

Da queste idee elementari segue, ehe la interpretazione letterale degli articoli 663 e 664 delle leggi civili sta nella definizione del vocabolo *rappresentazione*, e l'interpretazione virtuale nel principio regolatore, o sia nel carattere proprio della successione.

Senza l' esempio delle leggi francesi, non si sarebbe forse disputato del diritto proprio de' nipoti. Ma a quel codice non si può ricorrere, tra perchè non può esser letto insieme col nostro, e perchè le sue disposizioni partono da un opposto principio: ivi la successione de' collaterali segue la prerogativa delle linee; al favor di queste linee è ivi posposta la prossimità del grado: ivi i nipoti non han grado: ivi la rappresentazione è regola e non eccezione. Dalla comparazione delle due leggi nasce una verità più generale e più certa di tutte le altre, che principi contrari non possono produrre conseguenze simili.

(1) *Quaest. illustr. sup. XII.*

CONSULTAZIONE XX.

SULLA NECESSITA' DELLA DETTATURA NE' TESTAMENTI
PER ATTO PUBBLICO.

Risultava da' testimoni dall' una e dall'altra parte prodotti, dal detto delle persone presenti nella casa della testatrice, e dalla dichiarazione dello stesso notaio stipulatore, non avere la testatrice manifestato la sua volontà alla presenza dei testimoni, ma sì bene essere stato letto un testamento già prima preparato.

Gli articoli 896 e 897 delle leggi civili ripongono l'essenza del testamento pubblico nella dettatura, nella lettura della volontà scritta, e nella menzione di essere state ambe le solennità adempite. Or si potrebbe per l'adempimento della lettura presumere la dettatura? Potrebbe il testatore risparmiarsi la pena del parlare, sia facendo leggere una volontà in altro tempo scritta, sia rispondendo alle altrui interrogazioni coll'adesione o con qualunque altro atto affermativo? E qui giova ricordare che al vocabolo dettatura s'intende dato il senso legale generalmente ricevuto, non il dire cioè una per una le parole che il notaio deve scrivere, ma l'esprimere la propria volontà, onde poi rileggendola lo stesso notaio al testatore ed a' testimoni presenti all'atto, possano sì l'uno che gli altri riconoscerne la identità.

Le solennità del testamento pubblico prendono origine dall'antico *nuncupatio*, di cui la prima e principale solennità era la pubblica manifestazione della volontà del testatore: *heredes palam, ita ut exaudiri possint, nuncupandi sunt. Licet ergo testanti, vel nuncupare heredes, vel scribere: sed si nuncupat, palam debet. Quid est palam? non utique in publicum, sed ut exaudiri possit: exaudiri autem non ob omnibus, sed a testibus: et si plures fuerint testes adhi-*

bit, sufficit solemnem numerum exaudire (1). La consuetudine generale dei paesi, che accolsero il diritto romano, aggiunse alla semplice nuncupazione la scrittura, specialmente dopo l'introduzione della noteria. Ne' paesi di diritto scritto della Francia la scrittura divenne necessaria per l'ordinanza del 1735, la quale vietò che si testasse altrimenti, che per iscritto, ritenendo non pertanto tutte le altre formalità de' testamenti nuncupativi. L'articolo V di quella ordinanza dice: « Quando il testatore vorrà fare un testamento nuncupativo scritto, ne pronunzierà intelligibilmente tutte le disposizioni in presenza di sette testimoni almeno, compreso il notaio o tabellione, il quale scriverà le stesse disposizioni a misura che saranno dal testatore pronunziate; dopo di che sarà fatta lettura dell'intero testamento al detto testatore, della quale lettura sarà fatta menzione dal detto notaio o tabellione; ed il testamento sarà sottoscritto dal testatore insieme col notaio o tabellione, e dagli altri testimoni; il tutto in continuità e senza deviare ad altri atti; ed in caso che il testatore dichiarerà non sapere, o non potere sottoscrivere, ne sarà fatta menzione ». Dal trascritto articolo si rileva che sopra di esso sono state calcate le disposizioni del codice francese e per conseguente delle nostre leggi civili. Abbiamo dunque una giurisprudenza comune a' due paesi, la quale può rischiarare la nostra questione.

Al primo apparire del codice civile, surse in Francia una giudaica interpretazione del vocabolo *dettare*, per la quale si volle che il notaio dicesse essere stato il testamento dettato da parola a parola,

(1) L. 21 qui testam. facere possunt.

o scritto tal quale gli era stato dettato. Molti testamenti furono vittima di questo falso rigore, che poteva dirsi nato dalla disusuetudine delle leggi, e della sana giurisprudenza. Vi apprestarono riparo le decisioni delle Corti Supreme della Francia e le opinioni de' commentatori, che sursero in un secondo periodo più maturo per lumi e per riflessione. Allora fu generalmente riconosciuto che la legge impone al notaio l'obbligo di conservare l'identità de' pensieri e non delle parole del testatore; che sarebbe in molti casi impossibile a' notai di seguir le parole, e a' testatori infermi, idioti o non accostumati, il dettare la volontà e le parole insieme. Ora da quel primo stato della giurisprudenza, non si potrebbe certamente ricavar argomento contra la necessità della dettatura. Tanto è lontano che possa questa essere ammessa, quanto esigevasi allora che la menzione del suo adempimento contenesse più di quello che la legge aveva inteso ordinare.

Nè puro una tal conseguenza potrebbe esser tratta dallo stato presente della giurisprudenza, che ha ridotto la formola della dettatura al senso di ragione. Le stesse decisioni che hanno emendato l'abuso, mentrebbè riscesno il superfluo, custodiscono il necessario. Una decisione della corte di appello di Bruxelles de' 7 febbrajo 1807 dice, che la legge non ha dato formola rigorosa della menzione della dettatura, e che basti il dire, avere il testatore dettato il testamento (1). Un'altra della corte di cassazione de' 3 di dicembre 1807 stabilisce che può il notaio ridurre in iscritto la volontà del testatore, purchè questi l'abbia manifestata a lui e a' testimoni (2). Una terza della corte di *Riom* de' 26 di marzo 1810 dichiara valida la menzione della dettatura, quando si dica avere il testatore di sua propria bocca disposto (3). Una quarta della corte di *Douai* de' 28 di novembre 1814 riconobbe come sufficiente la menzione di avere il testatore dettato in pre-

senza de' testimoni ciò che il notaio aveva scritto (4). Ed in fine per non correr dietro all'infinito, son pieni i decisionari francesi della massima che la volontà del testatore de'essere manifestata in presenza de' testimoni al notaio, non perchè sia traserita colle medesime parole, ma acciocchè se ne conservi il senso e si possa riconoscerne l'identità (5).

Con gli esempli sin qua allegati concorda perfettamente l'opinione de' giuriconsulti spositori del diritto francese. Grenier dimostra col linguaggio stesso delle decisioni de' tribunali francesi, che moltiplice è lo scopo della *dettatura* e della *menzione* ordinata dalla legge: « accertare la verità e l'identità della volontà del testatore: assicurare lo stato delle sue facoltà intellettuali: rimuovere le frodi: avere dall'atto stesso del testamento, e non da altre estrinseche pruova la dimostrazione di tutte le cennate circostanze (6) ». Ed egli conchiude la sposizione dell'articolo 972 del codice francese con la seguente avvertenza: « Da tutto ciò che ho detto, si è veduto che lo formalità prescritte dall' articolo 972 del codice debbono essere rigorosamente osservate, o che la menoma infrazione produca la nullità de' testamenti. I notai debbono dunque farsi un formulario, il quale contenga le menzioni, che le disposizioni sono state dettate dal testatore in presenza de' testimoni: che sono state scritte dal notaio, e se ve n'ha più d'uno, dall' un di essi il quale de' essere indicato; ed infine che la lettura è stata fatta dal notaio, o da uno di essi, dello intero testamento in presenza de' testimoni, al testatore, il quale ha persistito nella sua volontà (7) ».

Ed a confermare il rigor della legge e la severità colla quale la giurisprudenza custodisce le forme de' *testamenti pubblici*, gioverà osservare, che si sono reputati nulli i testamenti fatti ad interrogazioni del notaio, come quelli ne' quali non si troverebbe la certezza nè della volontà

(1) *Sirey T. VII P. II pag. 253.*

(2) *Id. T. VIII P. I. pag. 108.*

(3) *Id. T. XI P. II pag. 91.*

(4) *Id. T. XXI P. II. pag. 115.*

(5) *Id. T. VII P. II pag. 653, T. IX*

P. I pag. 129.

(6) *Des donations et des testaments T.*

I. P. II §. 234.

(7) *Ibid. §. 239.*

del testatore, nè della integrità delle sue facoltà intellettuali (1).

Alla giurisprudenza francese è perfettamente concorde la nostrale, di che addurremo due esempi tra gli altri. Il primo è la decisione della nostra Corte suprema di Giustizia de' 29 di aprile 1828 nella causa di Tasca, Cherubini, e Ferrara nella quale fu considerato: « La G. Corte non bene si avvisò considerando che la dettatura del testamento alla presenza de' testimoni non sia d'essenza del testamento per atto pubblico; ma è vero che sia colpito di nullità ove manchi di cotesto estremo, come l'è nel difetto del-

la lettura ». L'altro è una decisione della G. Corte Civile, la quale considerò che « sebbene la dettatura del testamento non può intendersi in un senso tutto grammaticale e materiale, per modo che debba esser fatto dal disponente parola per parola, dee non pertanto costare, che abbia egli in realtà espresso la volontà sua alla presenza de' testimoni ». Cotesta decisione apre l'adito alla prova della mancanza della dettatura, perciocchè in sostanza dice *il testamento sarà nullo se si provi non essere stata la dettatura fatta al notaio in presenza de' testimoni*.

CONCHIUSIONE.

La dettatura ne' testamenti pubblici è la solennità che regge le altre. Senza di essa sarebbe vana la lettura, e mancherebbe la prova della sanità della mente, e della integrità de' sensi del testatore.

L'identità della volontà, che è lo scopo di tutte le solennità de' testamenti, risultar debbe, ne' pubblici, da due fatti connessi ed inseparabili, la manifestazione del testatore e la scrittura del notaio. I testimoni debbono far fede dell'una e dell'altra, perchè dalla loro comparazione nasce il giudizio della certezza ed uniformità della volontà scritta.

Chi ha preparato l'una volontà scritta, ha fatto il principio d' un testamento *mistico* e non *pubblico*. Egli non può renderla solenne, se non colla forma propria

di quello e non di questo. Nella forma mistica la prova dell' identità sta nella dichiarazione del testatore, *che quella è la sua volontà*, e ne' contrassegni di averla scritta o sottoscritta.

La legge lascia libera la scelta dell' una o dell' altra forma a chiunque abbia l' integrità degli organi necessari a scrivere e a parlare. Per la medesima ragione interdice lo scritto a chi non possa scrivere o leggere; ed il pubblico a chi non possa parlare o udire. Il surrogare dunque ne' testamenti pubblici lo scritto alla dettatura, sarebbe introdurre una forma mista, o per meglio dire neutra, la quale non è dalla legge riconosciuta, e sarebbe contraria allo scopo di ciascuna di quelle due forme.

(1) *Toullier droit Civil Lib. III. Cap. V. des dispos. testam. § 410.*

DISSERTAZIONE XXI.

SE L'ETÀ DI ANNI 16 RICHIESTA DALL'ARTICOLO 890 LL. CC. PER DARE AL MINORE LA CAPACITÀ DI DISPORRE PER TESTAMENTO, DEBBA ESSERE DI 16 ANNI COMPIUTI, O PURE BASTI CHE L'ANNO DECIMOSESTO SIA SOLTANTO INCOMINCIATO ?

I.

L'articolo 820 delle leggi civili permette, *che il minore pervenuto all'età di anni sedici possa disporre per testamento fino alla concorrenza solamente della metà de' beni che la legge permette di disporre al maggiore*. Si perviene all'età di anni sedici quando si compie, ovvero quando si tocca l'anno decimosesto ? È manifesto che in tal questione non si dia mezzo tra il più o meno dell'anno incominciato, altrimenti l'interpretazione della legge, che fissa la capacità per gli atti più importanti della vita, cadrebbe nell'arbitrario. Convien dunque indagare se possa qua valere l'adagio, *che l'anno incominciato vale per compiuto*. Desumiamolo dalla lettera, e dallo spirito della legge, e dalle opinioni de' giurisperiti.

L'articolo delle nostre leggi civili adopera i vocaboli *pervenuto all'età*: il primo addita un segno a cui si giunge: il secondo un grado del vivere umano, composto di date porzioni di tempo, civilmente misurate. Chi non ha compiuto una tal misura, non può dirsi propriamente parlando, che sia pervenuto all'età, ma che ci sia entrato. Così noi distinguiamo anche nel parlar comune l'essere nell'anno decimosesto dall'aver l'età di sedici anni. E siccome il linguaggio della legge è sempre proprio e rigoroso; così non sarebbe lecito dargli un significato meno esatto; dappoichè l'esattezza e la precisione dell'espressione sono necessarie per stabilire la certezza delle convenienze o

de' rapporti, che è il principale oggetto di ogni legge.

Vuolsi in secondo luogo osservare, che nell'intera parte delle leggi civili, la quale riguarda lo stato e i diritti delle persone, il legislatore ha sempre computato l'età per gli anni compiuti, o sia per gli anni civilmente numerati. Così nel definire l'età minore ha detto essere quella di una persona *non giunta all'età di anni ventuno compiuti* (1); nell'additare l'età maggiore ha creduto necessario ripetere: *la maggior età è stabilita agli anni ventuno compiuti* (2); nel parlare della capacità del matrimonio ha detto *l'uomo prima di aver compiuto gli anni quattordici, e la donna prima di aver compiuto gli anni dodici, non possono contrarre matrimonio* (3); nello stabilire il termine della rigorosa patria potestà ha detto, *se il figlio non ha compiuto l'anno quindicesimo, potrà il padre farlo tenere in arresto* (4); nella emancipazione ha detto, *quando avrà compiuto l'età di anni quindici*, e così via discorrendo; dalle quali dizioni tutte si rileva che la legge nel determinare i diversi gradi di capacità dell'uomo, quando è stata obbligata di attaccarsi alla presunzione dell'età, l'ha sempre misurata per gli anni compiuti, e non mai per gli anni cominciati; e che i vocaboli *giungere e pervenire* de' quali ha frequentemente fatto uso, esprimono il termine e non il cominciamento dell'ultimo degli anni, dei

(1) Art. 811.

(2) Art. 811.

(3) Art. 152.

(4) Art. 400.

quali l'età si compone. In conferma di che giova osservare, che le nostre nuove leggi han tolto dalle romane l'espressione *ad annum pervenire*, la quale ha un significato dalla legge stessa determinato, cioè dell'anno compiuto almeno nell'ultimo giorno di esso, siccome qui appresso diremo (1).

Ma dalla scala stessa delle età che le nostre leggi civili han proporzionato ai diversi gradi di capacità risulta un altro chiaro argomento del senso dell'articolo 820. Se la capacità del matrimonio è fissata a quattordici anni compiuti; la capacità della emancipazione a quindici anni compiuti; e quella del donare e del testare agli anni sedici; uopo è che questi sieno pure compiuti come i precedenti. Imperciocchè se bastasse l'essere entrato nel decimoanno per avere la *fazione* del testamento, ne avverrebbe che al primo giorno seguente all'anno quindicesimo il minore acquisterebbe le due capacità insieme, tolto l'intervallo di un anno, che la legge ha voluto tra l'una e l'altra frapponere; il che sarebbe un confondere i due termini ed un peccare contro l'espressa volontà del legislatore.

Sin qua degli argomenti dedotti dalle nostre leggi civili. Non diversa è la concordanza che può stabilirsi tra i diversi articoli del codice francese, essendochè vi ha perfetta corrispondenza tra' vocaboli nell'una e nell'altra lingua adoperati. E per dimostrare quanto tra i giureconsulti francesi sia indubitato il senso dell'articolo 904 del loro codice, il quale corrisponde al nostro 820, citeremo una nota messa da Guyot e confermata da Merlin nel suo repertorio di Giurisprudenza: « allorchè si tratta di donazione o di disposizione testamentaria, bisogna che l'ultimo anno della età richiesta per la facoltà di donare tra vivi o per testamento, sia compiuto, o almeno che sia (il disponente) pervenuto all'ultimo giorno dell'anno » (2); il che si riferisce

alla distinzione tra l'anno civile e naturale de' Romani, della quale distinzione qui appresso parleremo.

Le leggi moderne han sostituito diverse civili presunzioni di capacità ad un termine naturale che le leggi romane avevano segnato tra l'infanzia e la virilità. Da quel termine, che è la pubertà, cominciava l'età minore diversa dalla pupillare, la capacità del matrimonio, e quella di disporre delle proprie sostanze. E però sotto le antiche leggi la questione dell'età propria a testare era congiunta colla misura dell'età pubere. Ulpiano la propone nella legge *V qui testamentum facere possunt: a qua aetate*, domanda il giureconsulto, *testamenta vel masculi vel foeminae facere possunt?*

Et verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum; in foeminis vero duodecimum completum. Verum autem excessisse debeat quis quintum decimum annum ut testamentum facere possint, an sufficiat complexse? Propone aliquem kalendis januariis natum, testamentum ipso natali suo fecisse quatuordecimo anno, an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror; etiam prius kalendarum fecerit post sextam horam noctis valere testamentum; jam enim complexse videtur annum quatuordecimum ut Marciano videtur (3). Da questa legge rilevasi che presso gli antichi (come presso i moderni) l'età della capacità di testare e della pubertà era composta di anni compiuti, o sia di anni civili, i quali eran computati da giorno a giorno, e non da momento a momento; e che avevasi per compiuta l'età quando entravasi nell'ultimo giorno del decimoquarto anno compiuto, bastando che il testamento fosse stato fatto dopo la mezzanotte del precedente giorno. La cennata legge concorda perfettamente con quelle che definivano il principio ed il termine della minor età (4); e colle regole generaliscritte nel corpo del diritto per la misura delle diverse età dell'uomo. Infatti nella legge

(1) *V. la legge non putabam 48 D. de conditionib. et demonstr. e Cuiacio qui appresso citato.*

(2) *Répertoire de Jurisprud. Article Année.*

(3) *V. anche la l. 4 qui testam. facere possunt.*

(4) *L. 1. D. de manumissionibus.*

L. 3 e 4 D. de minoribus.

L. 66 de verborum obligationibus.

XLIX *de legatis* I è detto: *si cui legatur cum quatuordecim annorum erit; certo jure utimur, ut tunc sit quatuordecim annorum, quum impleverit*. E nella legge CXXXIV *de verborum significatione*: *annulus, non statim ut natus est, sed trecentesimoquinta die dicitur: ineipiente plane, non exacto die; quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus* (1). Dalle cose sin qua dette apparisce, che il favor della legge nel computo dell'età consiste nel dare per compiuto non l'anno, ma sì bene l'ultimo giorno di esso; per modo che dee dirsi non già *annus incoepus*, ma *dies incoepus habetur pro impleto*. E questa regola può dirsi esser generale nel diritto romano a rispetto della misura del tempo civile, in tutte le prescrizioni ed eccezioni che erano riguardate come favorabili; a differenza delle odiose, per le quali era necessario che anche l'ultimo giorno fosse compiuto. Gli esempi di questa distinzione si hanno ne' seguenti luoghi delle antiche leggi. Era per l'usucapione stabilito: *in usucapione ita servatur ut etiam si minimo momento novissimi diei possessa sit res: nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus* (2), laddove per le odiose era scritto: *in omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem* (3). Il Gotofredo nella concordanza di questa colle altre leggi nota, che le azioni temporali delle quali si parla son le *edilizie*, cioè la *redibitoria*, quella *quanti minoris* e le altre simili; e che la ragione di tal differenza è, perchè le precedenti son favorabili, e queste odiose.

Ora le leggi francesi non hanno dato norme diverse per la misura del tempo, ed han perfettamente seguito i principi del diritto romano. Rilevasi eib da tre argomenti: il primo è che in nessun luogo

del codice civile si parla della misura del tempo, sì che dee dirsi esser questo un principio di scienza civile al quale le leggi posteriori non han derogato: il secondo, che gli spositori del nuovo diritto ragionan sempre di tal materia colle regole delle leggi romane: il terzo che nella sola materia della prescrizione le presenti leggi hanno modificato la disposizione delle antiche, avendo dichiarato, che la prescrizione si acquista quando è compiuto l'ultimo giorno del termine (4). Adunque, se in questo solamente ha voluto il legislatore abolire la distinzione delle antiche leggi, ha in tutto il rimanente seguito l'antica misura; nè potrebbe dirsi averla mutata, se di essa non ha mai fatto motto alcuno.

Ma in quale luogo del diritto è scritto, che l'anno incominciato debba aver si per compiuto? Se no l'troviamo nelle leggi nuove, e vogliam prenderlo dalle antiche, non possiamo certamente applicare un tal dettato ad altri casi, fuorchè a quelli pei quali era scritto.

Il testo d'onde una tale eccezione è presa è nel titolo *de muneribus et honoribus*. Ivi è detto: *Ad republicam administrandam ante vicesimum quintum annum, vel ad munera, quae non patrimonii sunt, vel honores admitti minores non oportet: denique nec decuriones creantur, vel creati suffragium in curia ferunt. Annus autem vicesimus quintus coeptus pro pleno habetur; hoc enim in honoribus favoris causa constitutum est, ut pro plenis inchoatos accipiamus: sed in his honoribus, in quibus reipublicae quid eis non committitur: caeterum cum damno publico honorem ei committi, non est dicendum, etiam cum ipsius perniciem minoris*. E qui giova ricordare che gli uffizii municipali distinguevansi in patrimoniali, personali ed onorifici; sì che il favore o la dispensa della legge riguardava i soli personali ed onorifici, a' quali

(1) V. anche L. 132 dello stesso titolo, *Annulus amittitur*.

L. Un. C. qui aetate se excusant.

L. non putabam 48 D. de condit. et demonstr.

(2) L. 15 D. de diversis temporalibus praescriptionibus.

V. anche le leggi 6 e 7 de usurpationibus et usucapionibus.

(3) L. 6 D. de obligationibus et actionibus.

(4) Art. 2061 Cod. civ., art. 2167 LL. CC.

non fosse annessa alcuna parte della pubblica amministrazione.

Esistono è vero alcune imperiali decisioni, nelle quali il favore *annus incoeptus* fu per interpretazione di volontà applicato anche alla restituzione di qualche fedecomesso; ma coteste decisioni (tra le quali è la legge LXXIV *qui filium* ad S. C. Trebellianum) fondate sopra l'interpretazione della volontà dell'uomo, non mutano il significato delle parole della legge, nè tolgono nulla alla certezza dei principi sin qua esposti. E perchè ciò sia dimostrato coll'autorità del più chiaro interprete delle leggi romane, concludiamo la presente discettazione col commento di Cuiacio alla legge *a qua aetate*, commento a cui Gotofredo e tutti gli altri si riferiscono per stabilire la concordanza tra le diverse leggi del diritto Giustiniano.

At si de testamenti factione quaeratur, pubes intelligitur qui agit supremum diem anni XIV vel XII, ideoque substitutio pupillarum statim atque is dies venit extinguatur, licet tutela statim non finiat. Et haec est sententia huius legis, cui apte conjunguntur lex infra de munitionibus, quae ex eodem est Ulpiani libro, in qua ostenditur lege Aelia Sentia, quae minorum XX annis manumittere vetat, annum vigesimum cum quoque videri complere, qui agit supremum ejus anni diem, quae supputandarum annorum ratio etiam observatur in XII Ta-

bulis, cum quaeritur de usucapione anni vel biennii, et in lege Julia, et Papia cum quaeritur quis sit anniculus. Non sic fit in lege Laetoria, vel Edicto de minoribus, non sic in edictis aut legibus, quibus tempora in personam actionibus quibusdam praescribuntur. His casibus totum extremum diem impleri necesse est; illis vero dies coeptus habetur pro completo: nec sunt haec inter se contraria: Varias enim causas facile varias temporum definitiones admittunt. Sic et annus coeptus modo habetur pro completo, modo non: quia tamen in re circa eandem speciem et causam pugnat lex qui filium §. Papius inf. ad Trebellianum cum lege non putabam de conditionibus et demonstrationibus. Referuntur autem in eis locis diversa Imperatorum decreta. Unum est Antonini Pii, cujus in consilio fuit Marcellus auctor (lege non putabam); idque plurimum sequimur. Alterum est Antonini Caracallae, et sic alia in re diversae Imperatorum constitutiones inter se pugnantes in Iustiniani libris referuntur. Adriani in §. Tullianorum Institutionum de rerum divisione et fratrum Imperatorum in l. 3 §. si in locis inf. de jure fisci. Illud animadvertendum est citari legem non putabam ab Ulpiano in lege si cui legator inf. de legatis 1; quibus inter se collatis apparebit, nihil interesse sive testator dixerit, cum erit annorum XIV, sive cum ad XIV annum profuerit (1).

II.

Abbiam veduto, qual fosse presso gli autori del repertorio il senso dell'art. 904 del codice francese per rispetto al computo dell'età di anni sedici, che la legge richiede per la capacità di donare o di testare. Essi insomma contan l'età, come la legge V *qui testamenta facere possunt*, e come spiega il Cuiacio nel commento di sopra trascritto. Non diversa è la sposizione che dello stesso articolo fa Toullier, in più luoghi del suo *diritto civile*. Nel capo della *minor età* dice: il *minore per-*

venuto all'età di sedici anni compiuti, può per testamento e senza veruna autorizzazione donare per testamento insino alla concorrenza della metà dei beni, de' quali la legge permette al maggiore disporre; il che colle medesima parole ripete nel capo della maggior età; ed in quello della capacità di disporre (2).

Il Delvincourt propone apertamente la questione, se gli anni sedici debbano essere compiuti o cominciati; ed al seguente modo la risolve: « so che comunemen-

(1) Cuiacius ad Titulum qui testamentum facere possunt. Tomo I. neap. edit. Col. 1042.

(2) Toullier Tom. II, Tit. X. Cap. II n. 1226, Tit. XI n. 1354; e Tom. V Lib. III Tit. II n. 60.

to dicem *annus incoceptus pro completo habetur*, ciò non ostante eredo che costoto adagio de'essere più propriamente applicato al caso, in cui la legge siesi servita della espressione *in età*. Ma quando ha detto *pervenuto a tale età*, parmi avere indicato che l'età debba essere compiuta. Tale è almeno la decisione della legge XLVIII *de condit. et demonstr.* Non putabam, dice il giureconsulto Marcello, *diem fideicommissi venisse, cum sextum decimum annum ingressus fuisset, cui erat relictum cum ad annum sextum decimum pervenisset*. Tale è ancora l'opinione di Ricard ». (delle donazioni P. I. n. 196.)

« Quanto alla legge LXXIV §. 1. D. Ad. S. C. *Trebellianum*, la quale sembra contenere una contraria decisione, è facile rilevare ch'essa è fondata sopra circostanze speciali; e d'altra parte erasi in quel caso detto che il fedecommissario sarebbe stato restituito, se il fiduciario morisse prima del ventesimo anno dell'età sua. Ora era egli morto nel ventesimo, sì che non poteva dirsi essersi la condizione verificata. Infine è già molto che nel nostro Diritto siesi dato ad un minore di sedici anni anche compiuti, il diritto di disporre della metà della sostanza, senza però concedere lo stesso diritto ad un fanciullo di quindici anni » (1).

Spiegando, per una idea più esatta e più legale insieme, l'ultima ragione addotta dal testè citato scrittore, diciamo con un altro più accurato autor francese, che non potendo la legge civile seguire ciascun individuo nel vario sviluppo delle proprie facoltà, ha fissato un'età, prima della quale lo persone sòno incapaci di contrattare o di disporre delle cose loro; e che l'età fissata dalla legge stabilisce a pro di quelli che alla medesima pervengono una legale presunzione di capacità; e che sotto questo aspetto l'età entra a parte dello stato civile delle persone (2); e che per conseguente l'anticiparne il tempo per un computo di favore, non ammesso dal legislatore, è lo stesso che estendere la presunzione legale oltre a termini suoi, e dare la capacità a coloro da' quali è negata.

Uniforme alle verità di diritto sin qua esposte è la giurisprudenza de' nostri tribunali, in conferma della quale gioverà far menzione di una decisione della nostra Gran Corte Civile, colla quale fudiebiarato nullo il testamento fatto da un minore vicino a compiere l'età di sedici anni. Costata decisione è un modello di senso legale; ella è stata corredata d'una analisi dal chiaro autore del nostrale *decisionario*, dove ogni quistione trovasi decisa pe' suoi principi. A buon conto: e pervenire alla età di anni sedici vuol dire compiergli: la capacità di disporre è una parte di quei diritti civili che si acquistano tutti colla maggior età; se gli anni eho compongono l'età maggiore debbono essere compiuti, tali debbono essere quelli che costituiscono la semicapacità di disporre per testamento di una sola parte de' propri beni: nella distinzione tra la capacità intera e la dimezzata varia il numero degli anni, ma ciascuno de' due periodi deve essere intero: la massima che l'anno incominciato debba aver si per compiuto appartiene all'antico e non al nuovo diritto: essa non era generale, nè esatta: tende a confondere il periodo dell'anno col mese, col giorno ed anche coll'ora, quando al primo cominciare d'un anno potesse quello dirsi compiuto: l'enunciata massima al tempo delle stesse leggi romane non era applicata alla capacità di testare: e pe' casi ne quali poteva allora valere, non è ora riconosciuta dalle nostre leggi: queste non attendono alla capacità naturale dell'individuo, ma alla capacità civile o legale: per determinarla con esattezza e per non esporla ad arbitrarie interpretazioni, le leggi civili han segnato un punto invariabile; se al termine legale si sostituisse un altro approssimativo, la capacità si trasporterebbe dall'ultimo anno al termine di quello che lo precede » (3). Il commento è notevole per la sua precisione. Contiene gli stessi argomenti di diritto di sopra addotti, trasportati nel linguaggio del buon senso, del quale linguaggio si compiace ed onora la moderna giurisprudenza.

(1) *Notes et explicat.* 2, 14.

(2) *Toullier. Introduction T.* 1 n. 188.

(3) *V. il Vol. 1 della Collezione del P. G. Agresti a pag. 227.*

INDICE

DELLE DISSERTAZIONI E CONSULTAZIONI CONTENUTE
NEL PRESENTE VOLUME.

PARTE I.

DISSERTAZIONE I.

DELLE CONFESIONI SPONTANEE DEI REI	Pag. 1	
PARTI I. Capitolo I. Certezza mo- rale della confessione, conside- rata come un mezzo di prova . . .	11	
<i>Capitolo II.</i> Forza della verità. . .	13	
<i>Capitolo III.</i> Giudizio della coscienza	15	
<i>Capitolo IV.</i> Certezza legale della confessione ne' giudizi cri- minali	17	
<i>Capitolo V.</i> Certezza della con- fessione ne' giudizi civili	19	
<i>Capitolo VI.</i> Eccezioni della certezza della confessione ne' giu- dizi civili	21	
<i>Capitolo VII.</i> Eccezioni della certezza delle confessioni ne' giu- dizi criminali	23	
<i>Capitolo VIII.</i> Esempi delle false confessioni	25	
<i>Capitolo IX.</i> Cagioni delle false confessioni, secondo l'opinione del foro	28	
<i>Capitolo X.</i> Cagioni generali delle morti volontarie	30	
<i>Capitolo XI.</i> Probabilità delle false confessioni, e de'suicidi giu- diziali	35	
PARTI II. Capitolo I. Delle cautele dettate dal diritto romano ne' giu- dizi de' rei spontaneamente con- fessi	38	
<i>Capitolo II.</i> Spiegazione del principio della legge prima de <i>Quaestionibus</i>	39	
<i>Capitolo III.</i> Spiegazione del paragrafo ultimo della legge 23 <i>inde Neratius ad legem Aquiliam.</i> <i>Capitolo IV.</i> Spiegazione dei due §§. de <i>senatusconsulto Sila-</i> <i>niano</i>	40	<i>ibid.</i>
<i>Capitolo V.</i> Spiegazione del §. <i>Divus Severus</i>	42	
<i>Capitolo VI.</i> Spiegazione del §. 27 <i>Si quis ultro</i>	44	
<i>Capitolo VII.</i> Opinioni delle scuole del diritto su' due §§. de <i>senatusconsulto Silaniano</i>	46	
<i>Capitolo VIII.</i> Opinioni delle scuole del diritto sul §. <i>Divus</i> <i>Severus</i>	48	
<i>Capitolo IX.</i> Principi da' quali nasce la necessità del corpo del delitto	49	
<i>Capitolo X.</i> Origine storica del corpo del delitto ne' giudizi . . .	52	
<i>Capitolo XI.</i> Opinione ricevuta sulla certezza della confessione, vestita del corpo del delitto . . .	55	
<i>Capitolo XII.</i> Errore del Foro nel modo d'interpretare la con- fessione vestita	59	
<i>Capitolo XIII.</i> Errore del Fo- ro che esclude la confessione dalle specie di prove	60	
PARTI III. Capitolo I. Esame delle opinioni contrarie alla certezza della confessione	61	
<i>Capitolo II.</i> Esame d'una opi- nione particolare sullo stesso sog- getto	66	
<i>Capitolo III.</i> Autorità delle le- gislaZIONI antiche e moderne sul- la certezza delle confessioni . . .	67	
Conclusione	73	

DISSERTAZIONE II.

DE' MONTI DI FAMIGLIE, DEGLI ATTI DELLA PUBBLICA POTESTÀ CHE NE DICHIARARONO LA DISSOLUZIONE, E DELLA GIURISPRUDENZA FORMATA PER LE DECISIONI DE' NOSTRI TRIBUNALI.

I. Natura de' monti	75
II. Atti legislativi pe' quali può dirsi avvenuta la dissoluzione de' monti.	78
III. Giurisprudenza de' nostri tribunali	81

DISSERTAZIONE III.

DELLE SERVITÙ DISCONTINUE E NON APPARENTI ACQUISTATE PRIMA DELLA PUBBLICAZIONE DEL CODICE CIVILE.

I. Prenozioni intorno alle servitù discontinue	86
II. Come sia stato inteso ed applicato in Francia l'articolo 691 del Codice Francese	87
III. Come debba essere inteso l'articolo 691	95
IV. Risposta ad una obbiezione ricavata dalla competenza de' Giudici di Circondario	97
V. L'azione possessoria non può essere negata innanzi a' tribunali civili	100
VI. La servitù di strada è continua ed apparente. Differenza tra il passaggio e la strada	101
VII. Le leggi nuove hanno serbato intatte le differenze del diritto antico	102

DISSERTAZIONE IV.

DE' PATTI CONDIZIONALI.

I. Tema del discorso	104
II. Effetti delle obbligazioni condizionali	105
III. La stessa questione esaminata colle leggi nuove	107
IV. Differenze tra i diritti acquistati e le semplici aspettative	108
V. Teorica de' patti successori giu-	

sta le leggi romane	110
VI. Teorica de' patti successori giusta le leggi de' popoli nuovi	113
VII. Patto di Capuana e Nido	116
VIII. L'uso di Capuana e Nido è un patto e non una legge	118
IX. Lo stesso argomento dimostrato per la grazia del 1805.	119
X. Lo stesso argomento dimostrato per la lettera del patto	120
XI. Lo stesso argomento dimostrato per la natura dell'obbligazione	<i>ibid.</i>
XII. Lo stesso argomento dimostrato per l'opinione di Napolitano	122
XIII. Lo stesso argomento dimostrato per la genesi del patto	123
XIV. Lo stesso argomento dimostrato per l'autorità de' più rinomati scrittori del Foro	125
XV. Lo stesso argomento dimostrato per l'autorità delle cose giudicate.	129
XVI. Conseguenze della dimostrazione	130
XVII. Nozione generale de' patti successori francesi	131
XVIII. Esposizione storica delle leggi nuove	132
XIX. Principi del codice civile intorno a' patti successori	134
XX. Identità del nostro patto con quelli de' Francesi	135
XXI. Giurisprudenza ricevuta intorno alle antiche rinunzie	<i>ibid.</i>
XXII. Lo stesso argomento dimostrato per la giurisprudenza napoletana	138
XXIII. Differenza tra il patto di Capuana e Nido e la rinunzia universale	139
XXIV. Efficacia della rinunzia a rispetto de' congiunti de' due lati	140
XXV. Infeita la radice primitiva, restano infetti tutti i diritti che da quella derivano.	142
XXVI. Lo stesso argomento dimostrato per l'autorità de' nostri scrittori	144
XXVII. La legge nuova non ha distrutto gli antichi patti di riverisione	146
XXVIII. In Francia la riverisione a pro de' congiunti non si è scambiata col fedecomesso	147
XXIX. Lo stesso argomento dimostrato per l'autorità de' giudici	

francesi	149
XXX. Tra noi, la disposizione del patto di Capuana e Nido non si è mai avuta come fedecommeso	151
XXXI. Giudicati conformi alla buona sentenza	152
XXXII. Analisi de' giudicati che diconsi contrari	154
XXXIII. Conclusione	158

DISSERTAZIONE V.

DE' FATTI CONDIZIONALI.

I. Somma delle cose dimostrate	160
II. Nuove obiezioni	161
III. Il codice civile regola i nuovi e non gli antichi matrimoni	162
IV. Si succedeva a coangi e non ai figli morti senza discendenti	164
V. Il patto non è servo, ma è più della consuetudine	168
VI. È un patto reciproco	169
VII. Risposta al ragionamento d'un contrario autore	172
VIII. Errori di diritto ne quali cadono le precedenti proposizioni	179
IX. Epilogo	180

DISSERTAZIONE VI.

DE' FATTI CONDIZIONALI.

I. Indole e caratteri legali del patto di Capuana e Nido. Ricordo dell'origine del patto	191
II. Applicazione de' primitivi caratteri del patto alla formola di Affitto	184
III. Uniformità tra Napodano e la giurisprudenza del nostro Sacro Consiglio	185
IV. Giurisprudenza degli spositori del patto	190
V. Comento della massima <i>succedi matri et non filiae</i>	192
VI. Il patto di Capuana e Nido contiene un pretto diritto di restituzione	193
Definizioni antiche	193
VII. Il patto di ritorno illustrato da Francesco d'Andrea	196
VIII. Come debba intendersi l'assimilazione del patto al fedecommeso, fatta da alcuni scrittori	

L'assimilazione non confonde le cose assimilate	200
IX. La rinunzia è adoperata nel patto come mezzo coordinato al fine della restituzione	203
X. Risposta ad alcune obiezioni	208
XI. Che è quel che è piaciuto ad altri chiamare patto di famiglia	224
XII. Conseguenze di tutte le cose dette	228
XIII. Efficacia del patto sotto le nuove leggi	229
XIV. Principi del diritto nuovo intorno allo stesso argomento. Regole generali	232
XV. Applicazione degli esposti principi a' diritti di riverzione	236
XVI. Applicazione degli stessi principi alla rinunzia	238
XVII. Paradosso legale	240

CONSULTAZIONE (VII).

SULLA QUESTIONE SE LA DONAZIONE CAUSA MORTE FATTA SOTTO L'IMPERO DELLE ANTICHE LEGGI SIA RIVOCATA DA UN TESTAMENTO SCRITTO SOTTO LE LEGGI NUOVE CON CLAUSOLA DEMORATORIA	245
--	-----

DISSERTAZIONE VIII.

IN QUALI CASI POSSA DOMANDARSI LA RIDUZIONE DEL REGIO ASSENSO AD JUS ET JUSTITIAM.

I. Dell'assenso in generale	247
II. Degli assensi della Real Camera di Santa Chiara	249
III. Riduzione <i>ad jus et justitiam</i> dell'assenso della Real Camera sotto le leggi nuove	250
IV. Degli assensi emanati dal Polvere Sovrano	251

PARTE II.

DISSERTAZIONE I.

DELLE RINUNZIE TRASLATIVE ED ESTINTIVE.

I. Caratteri della rinunzia estintiva	255
II. Caratteri della rinunzia traslativa	259
III. Efficacia de' patti concepiti colle	

formole <i>ne petam</i> e <i>ne ate petam</i>	260
IV. Le rinunzie estintive, a differenza delle traslative si estendono <i>ad non cogitata</i>	261
V. La condizione <i>si hereditas renuncianti deferatur</i> non può essere applicata alle rinunzie reali ed estintive	262
VI. Le nuove leggi non han distrutto gli effetti delle antiche rinunzie reali	265

DISSERTAZIONE II.

DELLA QUALITÀ D' INDEGNO NELLE SUCCESSIONI DI EREDITÀ.	
I.	270
II.	271
III.	278
IV.	274
V.	275
VI.	277
VII.	<i>ibid.</i>
VIII.	278

DISSERTAZIONE III.

DELLA RIVOCAZIONE DELLE DONAZIONI PER SOPRAVVENENZA DI FIGLIUOLI SOTTO L' IMPERO DELL' ANTICO DIRITTO.	
I. Interpretazione della legge <i>si unquam</i>	280
II. Applicazione della legge alle donazioni onerose	282
III. Applicazione della legge alle rinunzie	284
IV. Antica giurisprudenza francese.	285

DISSERTAZIONE IV.

DELLA LESIONE ATTA A RESCINDERE LE DIVISIONI FATTE TRA COEREDI SECONDO LE REGOLE DEL DIRITTO ANTICO.	
I.	287
II.	289
III.	290

DISSERTAZIONE V.

L' EREDE <i>IN RE CERTA</i> COL DIVIETO DI NULLA PRENDERE DALLA EREDITÀ È LEGATARIO E NON EREDE.	
I.	292
II.	294

DISSERTAZIONE VI.

QUANDO POSSA ESSERE AMMESSA LA PROVA DELLA DEMENZA CONTRO AGLI ATTI DI ULTIMA VOLONTÀ.	
I.	296
II.	299

CONSULTAZIONE (VII).

CHE S' INTENDA PER CAUSA COMUNE TRA PIU' CONSORZI DI LITI ? INTERPRETAZIONE DELL' ART. 589 DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE.	
I. Soluzione ricavata dal detto articolo 589	304
II. Significato della parola comune	305
III. Interpretazione ricavata dal diritto antico	306
IV. La stessa dottrina, illustrata per l' antica pratica del foro	307

CONSULTAZIONE (VIII).

DEL CONCORSO DELLE AZIONI DI NULLITÀ E DI FALSITÀ CONTRO AD UN MEDESIMO ATTO.	
I.	308

CONSULTAZIONE (IX).

QUALI FACOLTÀ DEL DEBITORE SONO TRASFERITE NE' CREDITORI PER VIRTU' DELL' ART. 1119 DELLE LEGGI CIVILI ?	
I. L' esercizio di una facoltà non è tra i beni del debitore	312
II. Il debitore non facendo uso della facoltà non fa frode a' diritti del creditore	314
III. Eccezioni fatte dal diritto francese alle regole precedenti	315

IV. La facoltà di disporre è un diritto esclusivamente personale . 318

DISSERTAZIONE X.

SE OGNI LIBERALITÀ FATTA AD UNO DEGLI EREDI LEGITTIMI SENZA LA FORMOLA SOLENNE, A TITOLO DI FIDUCIARIO ED OLTRE LA SUA PARTE, SIA SOGGETTA A COLLAZIONE?

I.	321
II.	324
III.	327
IV.	329

CONSULTAZIONE (XI).

NELLA INTERPRETAZIONE DELLA REGOLA NOTISSIMA SCRITTURAE SINE QUANTITATE

I.	336
II.	339

CONSULTAZIONE (XII).

QUANDO DUE STRANIERI POSSANO ESSERE GIUDICATI DA TRIBUNALI DEL REGNO.

I.	342
II.	345
III.	348
IV.	349

DISSERTAZIONE XIII (1).

DELLA SIMULAZIONE NE' CONTRATTI CIVILI.

I.	351
II.	352
III.	354

CONSULTAZIONE (XIV) (2).

IN UN CONTRATTO DI COMPRAVENDITA, QUANDO OLTRE AL PREZZO LEGALE SIESI CONVENUTO ALTRO PREZZO A VANTAGGIO DEL VENDITORE, DIESI O PIÙ NO INTENDERE UN TAL PATTO COME COMMESSO IN FRODE DE' CREDITORI ISCRITTI?

I.	358
II.	360

DISSERTAZIONE XV (3).

DELLE DIVERSE SPECIE DI FALSO, E SE IL FALSO MORALE POSSA FORMAR MATERIA DEL FALSO INCIDENTE CIVILE.

I.	362
II.	ibid.
III.	364
IV.	365
V.	366
VI.	367
VII.	369
VIII.	370

CONSULTAZIONE (XVI) (4).

SE PER DIRITTO ANTICO DATUM NELLE IPOTECHE NOVAZIONE DI CONTRATTO QUANDO IL CREDITORE NON AVESSE ESPRESAMENTE RINZIATO ALLA PRIMA IPOTECA CONVENUTA?

I.	371
------------	-----

CONSULTAZIONE (XVII) (5).

IL TESTAMENTO OLOGRAFO, PRESUPPOSTA LA VERITÀ, FA FIDUCIARIA DATA COME D'OGNI ALTRA PARTE DELLA VOLONTÀ DEL SUO AUTORE.

I.	375
II.	376
III.	379

(1) Leggi nel testo XIII in luogo di XII.

(2) Leggi XIV. in luogo di XIII.

(3) Leggi XV in luogo di XIV.

(4) Leggi nel testo XVI in vece di XV.

(5) Leggi XVII in luogo di XVI.

IV.	381
V.	385

DISSERTAZIONE XVIII (1).

SE VIETATE LE INDAGINI INTORNO
ALLA PATERNITA' POSSANO I FIGLIUOLI
NATI FUORI DEL MATRIMONIO FAR LA PROVA DEL POS-
SESSO DI STATO.

I.	393
II.	392
III.	393

DISSERTAZIONE XIX (2).

DELLA RAPPRESENTAZIONE NELLA LINEA
TRASVERSALE.

I. Tema del discorso.	393
II. Della successione romana e della rappresentazione giustiniana.	396
III. Contrarietà delle due glosse di Azzone e di Accursio	399
IV. Della successione e rappresen- tazione delle consuetudini napolitane	401
V. Della successione e rappresen- tazione francese	403
VI. Che importi la rappresentazione ne' gradi eguali	405

VII. Che importi il succedere in stirpe	ibid.
VIII. Cambiamenti fatti dalle nostre leggi civili	407
IX. Interpretazione degli articoli 663 e 664 delle leggi civili	409
X. Pratica dimostrazione degli as- surdì ne' quali cadrebbe la con- traria interpretazione	411
XI. Risposta alle obbiezioni.	413
Conclusione	414

CONSULTAZIONE XX.

SULLA NECESSITA' DELLA DETTATU- RA NE' TESTAMENTI PER ATTO PUBBLICO	417
---	-----

DISSERTAZIONE XXI.

SE L'ETA' DI ANNI 16 RICHIESTA
DALL'ARTICOLO 820 LL. CC. PER
DARE AL MINORE LA CAPACITA'
DI DISPORRE PER TESTAMENTO,
DEBBA ESSERE DI 16 ANNI COM-
PIUTI, O PURE BASTI CHE L'AN-
NO DECIMOSESTO SIA SOLTANTO
INCOMINCIATO ?

I.	420
II.	423

FINE.

6057993662

(1) Leggi XVIII in luogo di XVII.

(2) Leggi XIX in luogo di XVIII.

CORREZIONE

A pag. 86 Col. 2. dopo il verso 31 aggiungi:

Sin qua il diritto francese non avrebbe fatto che introdurre definizioni e vocaboli nuovi, se non avesse altresì mutato le disposizioni delle leggi romane a rispetto de' modi onde acquistare l'una e l'altra specie di servitù.

~

f. 2. 25



